

**TC.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**BANKALARDA YÖNETİCİ VE ORTAKLARIN
HUKUKİ SORUMLULUĞU**

Doktora Tezi

Hazırlayan

Kürşat GÖKTÜRK

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL

Ankara, 2010

ONAY

Kürşat GÖKTÜRK tarafından hazırlanan “Bankalarda Yönetici ve Ortakların Hukuki Sorumluluğu” başlıklı bu çalışma, 17.12.2010 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oylarıyla başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk anabilim dalı özel hukuk bilim dalında doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı ve Soyadı] (Başkan)
Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı ve Soyadı]
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı ve Soyadı]
Prof. Dr. Yedigörmüş İZMİRLİ

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı ve Soyadı]
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı ve Soyadı]
Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

ÖNSÖZ

Türk banka mevzuatında ilk kez 1936 yılında banka yöneticileri hakkında özel hukuki sorumluluk rejimi öngörülmüştür. Bankalarda yönetici ve ortakların hukuki sorumluluğu bakımından yürürlükteki Bankacılık Kanunu da özel düzenlemeler içermektedir. Son yirmi yılda bankacılık sektöründeki gelişmeler, Bankacılık Kanunu'nun sorumluluk hükümlerine etkin uygulama alanı kazandırmıştır. Fiili gelişim, Bankacılık Kanunu'nun sorumluluk hükümleri çerçevesinde teorik tartışmaların gelişmesine zemin hazırlamıştır.

Tez danışmanım Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL'ın önerisi doğrultusunda "bankalarda yönetici ve ortakların hukuki sorumluluğu" tez konusu olarak belirlenmiş, ilgili olduğu ölçüde konu, yerli ve yabancı kaynaklar ile yargı kararları çerçevesinde incelenmiştir. Bu vesileyle yüksek lisans öğreniminin başlangıcından bu yana desteklerini esirgemeyen, her aşamada yetişmemde büyük katkısı olan tez danışmanım Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL'a minnettarlığımı belirtmek isterim.

Tezin yazımında değerli zamanından vakit ayırarak adeta tez danışmanım gibi yönlendirmelerde bulunan, fikir ve önerilerinden büyük ölçüde istifade ettiğim değerli bilim adamı Prof. Dr. Hasan PULAŞLI'ya şükranlarımı sunarım.

Başta değerli hocam Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ olmak üzere tez jürisinde yer alan ve önerileriye yol gösteren Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK ve Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR'a teşekkür ederim.

Çalışmanın hazırlanmasında TÜBİTAK tarafından sağlanan bilimsel araştırma bursu sayesinde Köln Üniveritesi Uluslararası ve Yabancı Özel Hukuk Enstitüsünde (Köln/Almanya) bir yıl süreyle araştırma imkanı sağlanmıştır. Enstitü müdürü Prof. Dr. H. Peter MANSEL'e sağlanmış olduğu araştırma imkanı, yönlendirmeleri ve misafirperverliği nedeniyle teşekkürü borç bilirim. Alman hukukunda banka yöneticilerinin hukuki sorumluluğu konusunda yönlendirmede bulunan Prof. Dr. Klaus Peter BERGER'e ve İsviçre hukukunda banka yöneticilerinin hukuki sorumluluğu konusunda ayrıntılı açıklamalarından yararlandığım Prof. Dr. Susan EMMENEGGER'e müteşekkirim.

Eserin yazımı safhasında dağınıklığımı anlayış ve tahammül ile karşılayan, yorumlarıyla beni teşvik eden eşim Neslihan GÖKTÜRK'e teşekkür ederim.

BU ESER TÜBİTAK'IN SAĞLAMISŞ OLDUĞU BURS DESTEĞİYLE HAZIRLANMIŞTIR.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ.....	1
KAPSAM VE İNCELEME PLANI	3

I. BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE BANKA SORUMLULUK HUKUKUNUN GELİŞİMİ

§ 1. TEMEL KAVRAMLAR.....	6
I. YÖNETİM VE YÖNETİCİ	6
A. Genel Olarak	6
B. İşletme Bilimi Açısından	7
C. Hukuki Açıdan	9
1. Şekli Yaklaşım	9
2. Fonksiyonel Yaklaşım	11
II. HAKİM ORTAK KAVRAMI.....	12
III. BANKA KAVRAMI	13
A. Genel Olarak	13
B. İsviçre Hukuku.....	15
C. Alman Hukuku.....	17
D. Türk Hukuku	19
1. Pozitif Hukuk.....	19
2. Öğreti	20
E. Değerlendirme ve Tanım.....	22
IV. SORUMLULUK KAVRAMI.....	23
§ 2. BANKALARDA YÖNETİCİ VE HAKİM ORTAKLARA İLİŞKİN SORUMLULUK ESASLARININ TÜRK HUKUKUNDA TARİHİ GELİŞİMİ	24
I. GENEL OLARAK	24
II. CUMHURİYET SONRASINDA.....	26
A. 2243 Sayılı Mevduatı Koruma Kanunu	26
B. 2999 Sayılı Bankalar Kanunu	26
C. 7129 Sayılı Bankalar Kanunu.....	27
D. 70 Sayılı KHK ve 3182 Sayılı Kanun.....	28
E. 4389 Sayılı Kanun	30
F. 5411 Sayılı Kanun	31
G. Değerlendirme	32

II. BÖLÜM

BANKALARIN YÖNETİM ORGANİZASYONU VE SORUMLULUĞUN TARAFLARI

§ 3. BANKALARIN YÖNETİM ORGANİZASYONU	33
---	----

I. YÖNETİM ORGANİZASYONUNUN HUKUKİ TEMELLERİ.....	33
A. Genel Olarak	33
B. Bankacılık Kanunu	34
1. Kanunun İşlevi	34
2. Bankacılık Kanunu'nun Öngördüğü Organizasyon Yapısı	35
C. Türk Ticaret Kanunu	36
1. Kanunun İşlevi	36
2. TTK'nın Öngördüğü Organizasyon Yapısı	36
II. BANKACILIK KANUNU VE TÜRK TİCARET KANUNU NORMLARININ İLİŞKİSİ	37
§ 4. SORUMLULUK DAVASINDA DAVALILAR: YÖNETİCİ ve HAKİM ORTAKLAR	42
I. BANKALARIN TABİ OLDUĞU DÜZENLEMELERE GÖRE YÖNETİCİ KAVRAMI	43
A. Pozitif Hukuk Bakımından	43
1. Türk Ticaret Kanunu	43
2. Bankacılık Kanunu	45
B. Kurumsal Yönetim İlkeleri	46
1. Kavram	46
2. İşlevi	50
3. Üst Yönetim	55
4. Kurumsal Yönetim İlkelerine Göre Yönetici Kavramı	57
II. YÖNETİCİ-ORGAN İLİŞKİSİ	58
A. Genel Olarak	58
B. Türleri	58
C. Sorumluluk Hukuku Yönünden Organ Kavramı	60
D. Bankacılık Kanununda Yer Alan Yönetici Tanımının Organ Kavramı ile Mukayesesi	61
III. BANKALARIN YÖNETİM YAPISI VE MÜNFERİT YÖNETİCİLER	63
A. Bankaların Yönetim Yapısı	63
1. Anonim Şirketler Hukukunda Yönetim Modelleri	63
2. Bankalarda Yönetim Yapılanması	64
B. Münferit Yöneticiler	66
1. Yönetim Kurulu Üyeleri	66
a. Genel Olarak	66
b. İcrai Görevi Olan Yönetim Kurulu Üyesi	68
c. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyesi	69
d. Yönetim Kurulu Başkanı	70
e. Murahhas Üye	71
2. Müdürler Kurulu Üyeleri	72
3. Genel müdür, vekili ve yardımcıları	73
4. Denetim Komitesi Üyeleri	77
5. Kredi Komitesi Üyeleri	80
6. İmzaya Yetkili Münferit Görevliler	81
a. Bölge ve Şube Müdürü	81
b. Merkez Teşkilatı Birim Amirleri	84
IV. HAKİM ORTAK	85

A. Kavram	85
B. Hakim Ortak Kavramının Temeli Olarak Kontrol	86
C. Kontrol Türleri	88
1. Tek Başına Kontrol-Birlikte Kontrol	88
2. Doğrudan Kontrol-Dolaylı Kontrol	89
D. Kontrol İlişkisinin İsbatı	91
§ 5. SORUMLULUK DAVASINDA DAVACILAR	91
I. GENEL OLARAK	91
II. AKTİF DAVA YETKİSİ YÖNÜNDEN BANKACILIK KANUNU'NUN GENEL HÜKÜMLERLE İLİŞKİSİ	92
A. Faaliyet İzninin Kaldırılması ya da Fona Devir Öncesinde	92
B. Faaliyet İzninin Kaldırılması ya da Fona Devir Sonrasında	92
1. Fona Devir Sonrasında	93
2. Faaliyet İzninin Kaldırılması Sonrasında	94

III. BÖLÜM SORUMLULUĞUN MADDİ ŞARTLARI

§ 6. KANUNA AYKIRILIK	95
I. KANUNA AYKIRILIK KAVRAMI VE İŞLEVLERİ	95
II. KANUNA AYKIRILIK KAVRAMININ KAPSAMI	96
A. Genel Olarak	96
B. Kapsamın Sınırlandırılması	100
1. İlişkili Kanunlar Görüşü	100
2. Normun Koruma Amacı	101
3. Kredi İşlemleri	105
III. KANUNA AYKIRILIĞIN GERÇEKLEŞME ŞEKLİ	109
§ 7. KUSUR	111
I. KAVRAM VE İŞLEVLERİ	111
II. BANKA YÖNETİCİLERİNİN SORUMLULUĞU BAKIMINDAN KUSUR	112
III. KUSUR ÖLÇÜTÜ	114
IV. İŞADAMI KARARI İLKESİ (BUSINESS JUDGMENT RULE)	115
A. Terminoloji	117
B. Amerikan Hukuku	118
1. Gelişimi, Gerekliliği ve İşlevleri	118
2. Uygulanma Esasları ve İsbat Yüküne Etkisi	120
3. Değerlendirme Unsurları	121
a. Kararın Ticari Bir Karar Olması	122
b. Menfaatsiz Takdir (Disinterested Judgment)	123
c. Bağımsız Takdir (Independent Judgment)	124
d. Bilgiye Dayalı Takdir (Informed Judgment)	124
e. Makul İnanç (Rational Belief)	126
f. Takdirin Kötüye Kullanılmaması	127
4. İlkenin Kapsamı Dışında Kalan Haller	127
C. Alman Hukuku	128
1. ARAG-Garmenbeck Kararı	128

2. Pozitif Hukuk ve İlkenin Uygulama Koşulları	131
a. Münferit Uygulama Koşulları	132
b. İlkenin Kapsamı	135
c. İsbat Yüküne Etkisi	135
D. İsviçre Hukuku	136
1. İlkenin Lehine Görüşler	137
2. İlkenin Aleyhine Görüşler	139
E. Türk Hukuku	141
F. Değerlendirme	144
1. Genel Olarak	144
2. Banka İşletmesi Bakımından	146
§ 8. ZARAR	149
I. GENEL OLARAK	149
II. BANKA YÖNETİCİLERİNİN SORUMLULUĞUNUN UNSURU OLARAK ZARAR	149
III. İSBAT YÜKÜ	150
IV. ZARARIN KAPSAMI	152
§ 9. İLLİYET BAĞI	154
§ 10. HAKİM ORTAKLARIN SORUMLULUĞU VE SORUMLULUĞUN UNSURLARI	157
I. GENEL OLARAK	157
II. SORUMLULUĞUN ŞAHİS UNSURU	158
III. SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ	159
IV. SORUMLULUĞUN MADDİ UNSURLARI	161
A. Kusur	161
B. Zarar	162

IV. BÖLÜM SORUMLULUĞUN ŞEKLİ ŞARTLARI VE USULİ ESASLAR

§ 11. BANKANIN FONA DEVRİ VE FAALİYET İZİNİN KALDIRILMASINA SEBEBİYET VERİLMESİ	163
I. ANLAM VE HUKUKİ NİTELİĞİ	163
A. Faaliyet İzninin Kaldırılması	163
B. Fona Devir	164
II. FAALİYET İZİNİNİN KALDIRILMASI VE FONA DEVİR SEBEPLERİ	165
A. Yasal Tedbirlerin Alınmaması ve Mali Bünyenin Güçlendirilememesi	165
1. Tedbir Alınmasını Gerektiren Sebepler	165
a. Likidite Riskinin Artması	166
b. Gelir Gider Dengesizliği Nedeniyle Karlılığın Faaliyetlerin İcrasını Tehlikeye Sokması	166
c. Özkaynak Yetersizliği	167
d. Aktif Kalitesinin Bozulması	168
e. Uyum (<i>Compliance</i>) Riskinin Gerçekleşmesi	169
f. İç Sistemlerin Kurulmaması ve Bazı Operasyonel Risklerin Gerçekleşmesi	169

2. Uygulanacak Tedbirler	171
B. Bankanın Faaliyete Devamının Yatırımcılar ve Mali Sistem Açısından Tehlike Arzetmesi	171
C. Yükümlülüklerin Vadesinde Yerine Getirilemediğinin Tesbiti	172
D. Toplam Yükümlülük Değerinin Varlıkların Toplam Değerini Aşması	173
E. Banka Kaynaklarının Hakim Ortaklar ve Yöneticiler Lehine Kullanılması Nedeniyle Bankanın Emin Bir Şekilde Çalışmasının Tehlikeye Düşürülmesi veya Dolanlı Kaynak Kullanımı Suretiyle Bankanın Zarara Uğratılması	175
III. FAALİYET İZİNİNİN KALDIRILMASI VE FONA DEVİR BAKIMINDAN TAKDİR YETKİSİ	178
IV. YÖNETİCİLER TARAFINDAN FAALİYET İZİNİNİN KALDIRILMASI VEYA FONA DEVRE SEBEBİYET VERİLMESİ	181
A. Gereklilikleri	181
1. Maddi Bakımdan	181
2. Şekli Bakımdan	182
B. Şahıs İtibariyle Kapsamı	183
C. Uygulanma Esasları ve Değerlendirme	184
§ 12. SORUMLULUĞUN GERÇEKLEŞME USULÜ	184
I. FON KURULU KARARI	184
II. İFLAS TALEBİ VE SÜRECİ	186
A. İflas Yoluyla Takibin Mahiyeti	186
B. İflas Türü	187
C. Fonun İflas Talebi	188
III. DAVAYA İLİŞKİN ESASLAR	189
A. Usuli Esaslar	189
1. Görev Yetki ve Yargılama Usulü	189
2. Koruma Tedbirleri	193
B. Maddi Esaslar	196
IV. Tasfiye Süreci	197

V.BÖLÜM

SORUMLULUKTA ÖZEL HALLER, SORUMLULUĞUN SONA ERMESİ VE SİGORTA HİMAYESİ

§ 13. BANKA KAYNAKLARININ İSTİSMARINDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK	198
§ 14. SİGORTAYA TABİ MEVDUATIN EKSİK VEYA FAZLA BEYANINDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK	200
§ 15. SİSTEME GİRİŞ PAYININ ÖDENMEMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK	203
§ 16. BİRDEN FAZLA KİMSENİN SORUMLULUĞU	205
I. BELİRLİ BİR ZARARIN İSNAT EDİLEBİLECEĞİ HALLERDE	205
II. ZARARIN BELİRLENEBİLİR OLMAMASI HALİNDE	206
A. Genel Hükümler Kapsamında Değerlendirme	207
B. Farklılaştırılmış Teselsül	208

1. Alacaklı ve Borçlular Arasındaki (Dış) İlişki Bakımından Etkisi	210
2. Borçlular Arasındaki (İç) İlişki Bakımından Etkisi	212
3. Tasarıdaki Düzenleme	213
4. Tasarının Yasalaşması Halindeki Durum.....	215
C. Bankacılık Kanunu Düzenlemesi ve Teselsülün Uygulanması Sorunu	217
III. HAKİM ORTAK-YÖNETİCİ SORUMLULUĞU İLİŞKİSİ	221
IV. YETKİLENDİRME HALİNDE SORUMLULUK	223
A. Genel Olarak	223
B. Yetki Devri Halinde Yöneticilerden Beklenen Özen	226
1. Seçmede Özen: Cura in Eligendo	226
2. Talimat Vermede Özen: Cura in Instroendo	228
3. Gözetimde Özen: Cura in Custodiendo	229
C. Tasarıda Öngörülen Düzenleme.....	231
V. Anlaşmaların Hukuki Sorumluluğa Etkisi	235
§ 17. ZAMANAŞIMI	239
I. GENEL OLARAK	239
II. ZAMANAŞIMININ BANKACILIK KANUNUNDA DÜZENLENİŞ TARZI	240
III. FON ALACAKLARINA İLİŞKİN ZAMANAŞIMI DÜZENLEMESİNİN İFLAS DAVALARINDA UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU	245
§ 18. İBRA	249
I. GENEL OLARAK	249
II. İBRA KARARININ ŞAHSİ İFLAS DAVALARINA ETKİSİ	250
III. BANKACILIK KANUNU UYARINCA İBRA KARARININ İPTALİ VE HUKUKİ SORUMLULUK.....	251
A. Faaliyet İzninin Kaldırılması Halinde Sorumluluk	251
1. Davanın Şartları ve Niteliği	251
2. Davalı Sıfatı	253
3. Zamanaşımı	255
B. Fon Bankalarının Devri, Birleşmesi, Hisselerinin Üçüncü Şahıslara Devri ve Tasfiyesi Halinde Sorumluluk	256
§ 19. YÖNETİCİ SORUMLULUK SİGORTASI (D&O LIABILITY INSURANCE).....	258
I. TARİHİ GELİŞİM	259
II. KAPSAMI	261
III. BENZER SİGORTA TÜRLERİ İLE İLİŞKİSİ.....	262
IV. BANKA YÖNETİCİLERİ BAKIMINDAN UYGULANMA KABİLİYETİ ..	263
SONUÇ	265
KAYNAKÇA	274
ÖZET	290
ABSTRACT	291

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABl.	: Amtsblatt
Abs.	: Absatz
AG	: Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft
age.	: Adı geçen eser
AİHS	: İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) (11 Nolu Protokolle Değişik)
AktG	: Aktiengesetz
Ann.	: Annotated
aOR	: altes Obligationenrecht
Art.	: Artikel
AŞ	: Anonim şirket
AY	: 1982 Anayasası
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BankG	:Bankengesetz über die Banken und Sparkassen vom 08.11.1934
Bank.K	: Bankacılık Kanunu
BankV	:Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BBl	: Bundesblatt
Bd.	: Band
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	: Bundesgesetzblatt
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BİSY	: Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik

BİTİDPSY	:Bankaların İzne Tabi İşlemleri İle Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik
BK	: Borçlar Kanunu
BKİY	: Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik
BKK	: Bakanlar Kurulu Kararnamesi
BKR	: Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BKYİY	: Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik
bkz.	: Bakınız
BLYY	:Bankaların Likidite Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik
BÖKY	: Bankaların Özkaynaklarına İlişkin Yönetmelik
BSYÖDY	:Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik
BÜYİY	: Bankaların Üst Yönetimine Atanacakların Bildirimi, Yemin ve Mal Beyanında Bulunulması ve Karar Defterlerinin Tutulmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
C	: Cilt
cir.	: Circuit
Cit.	: Citation
Co.	: Company
DBT	: Deutscher Bundestag
Del.	: Delaware
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
dn.	: Dipnot
E	: Esas
EBK	: Eidgenössische Bankenkommission
Ed.	: Edited
EEC	: European Economic Community
ET	: Erişim tarihi
ETK	: 825 sayılı Türk Ticaret Kanunu
EWG	: Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	: folgende Seite/Seiten

FS	: Festschrift
GesKR	: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
gm.	: Geçici madde
GmbHG	:Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
H	: Heft
HAVE	: Haftung und Versicherung
HD	: Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Hrsg.	: Herausgeber
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İK	: İcra ve İflas Kanunu
İKS	: İç Kontrol Sistemi
J	: Jahr
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
kn.	: Kenar numarası
krş.	: Karşılaştırınız
KT	: Kanun tarihi
KwG	: Kreditwesengesetz
L	: Rechtsvorschriften
lit.	: Litera
m.	: Madde
mük.	: Mükerrer
N	: Nummer/ Number
NZZ	: Neue zürcher Zeitung
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
OR	: Obligationenrecht
para.	: Paragraph
RG	: Resmi Gazete
RL	: Richtlinie
Rn	: Randnummer

RS	: Rundschreib
S	: Sahife
s.K	: Sayılı kanun
Sa.	: Sayı/Sayılı
SAG	: Die schweizerische Aktiengesellschaft
Seri IV, No: 41 sa. Teb.:	Sermaye Piyasası Kanunu'na Tabi Olan Anonim Ortaklıkların Uyacakları Esaslar Hakkında Tebliği
Seri VI, No: 11 sa. Teb.:	Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği
Seri VI, No: 24 sa. Teb.:	Altyapı Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
ST	: Der schweizer Treuhänder
T	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyet
Tas.Y	: Faaliyet İzni Kaldırılan Bankalardaki Sigortalı Mevduat ve Sigortalı Katılım Fonunun Ödenmesi İle Bu Bankaların İflas ve Tasfiyesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TD	: Ticaret Dairesi
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TMKTK	: Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun
TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TMSFTY	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik
TTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TTKT	: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı
TTKTK	: TTK'nın Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun
TÜSİAD	: Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği

u.a.	: und andere
UCC	: Uniform Commercial Code
UMAG	: Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrecht
v.	: Versus
Va. L. Rev.	: Virginia Law Review
Vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
vs.	: ve saire
Y	: Yargıtay
y.	: Yıl
yy.	: Yüzyıl
ZGB	: schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
Ziff.	: Ziffer
ZR	: Blätter für zürcherische Rechtsprechung

GİRİŞ

Bankacılık Kanunu, bankalarda yönetici ve ortakların hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak bazı özel sorumluluk hallerine yer vermektedir. Bunlardan en önemlisi, banka yönetici ve hakim ortaklarının iflas yoluyla takibine olanak veren ve Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesinde yer alan sorumluluk halidir. Anılan düzenlemenin kökenleri büyük buhranı takip eden 1936 yılına kadar uzanmaktadır.

Resmi verilere göre Kasım 1997'den bu yana 25 banka fona devredilmiş ya da faaliyet izni kaldırılmıştır¹. Ülkemizde bankacılık sahasında son yirmi yılda cereyan eden gelişmeler nazara alındığında, özellikle faaliyet izninin kaldırılması ve fona devir sonrasındaki sorumluluğun teorik nitelikte kalmadığı, aksine yargı kararlarıyla genişleyen bir uygulama sahasına sahip olduğu tesbit edilmektedir.

Para piyasasının en önemli kurumu olan ve hatta para piyasasının bizatihi kendisi olarak nitelendirilebilecek bankaların mali yönden ödeme güçlüğüne düşmelerinde çeşitli nedenler etkili olmakla birlikte, yönetici ve/veya ortakların işlem ve faaliyetleri sonucunda bankanın mali düzeninin bozulması oldukça sık karşılaşılan bir durumdur. Sanayi, teknoloji, bilim ve ticaret gibi önemli sahalarda ülke ekonomisinin gelişmesi ve refah toplumuna ulaşılması için gerekli finansal desteği sağlama fonksiyonu bulunan bankaların, sahip oldukları büyük ekonomik gücün bir anda ortadan kalkmasının ekonomide doğurduğu olumsuz etki², konunun ekonomik önemini ortaya koymaktadır.

Ekonomiye fon sağlama işlevi bulunan bankaların elde etmiş olduğu kârlar banka bünyesinde bırakılsa ya da bundan büyük ölçüde banka ortakları yararlansa da, bankaların faaliyetlerinden toplumsal bir yarar da doğmaktadır. Zira bu hukuk sujeleri, faaliyetleri vasıtasıyla ekonomideki atıl fonları kullanılabilir sahalara nakletme görevini üstlenmekte, fazla fonların ihtiyaç duyulan sahalara aktarılmasını sağlamaktadır. Bankaların ekonomik

¹ Bkz. Krizden İstikrara Türkiye Tecrübesi, BDDK Çalışma Tebliği, 2009, s. 13

² Sadece 2001 krizinin çözümlenme maliyeti 56,3 milyar dolara maaloğluştur ki, bu miktar GSMH'nin %34'üne tekabül etmektedir. Bkz. Krizden İstikrara Türkiye Tecrübesi, s. 33

sahayı ilgilendiren sözkonusu faaliyetleri, sonuçları itibariyle toplumsal yapıyı etkilemekte ve ülke istihdamı açısından da önem taşımaktadır. Öyle ki, bankacılık sahasındaki mali güçlük, ekonomide “domino taşı” etkisi doğurmakta ve neticede olumsuz sosyal etkileri ile de karşılaşılmaktadır. Bankaların sosyal yaşam bakımından taşıdığı önem, kanun koyucunun da dikkatini çekmekte ve bu özel hukuk tüzel kişileri benzerlerinden farklı hususi bir rejime tabi tutulmaktadır. Bu yüzden bankaların yönetici ve ortaklarına ilişkin olarak klasik anonim şirketlerden farklı bazı esasların benimsenmesi, neden-sonuç ilişkisi içerisinde “neden”i değil, “sonucu” ifade etmektedir.

Bankaların sahip olduğu ya da üzerinde tasarrufta bulunduğu fonlar hakkında karar veren kişilerin, bankacılık kanunundaki deyiimiyle yöneticilerin, ne derece özenle hareket etmeleri gerektiği, bu açıklamalar kapsamında son derece açıktır. Bankanın mali durumunun bozulması halinde kanun koyucu radikal tedbirler alınmasına müsaade etmekte ve ilerleyen safhada katı bir sorumluluk rejimi öngörmektedir. Sözkonusu katı yaklaşım, banka yöneticileri için oldukça sakıncalı sonuçları beraberinde getirebilecek niteliktedir. Zira bu vahim sonucun tek müsebbibi yöneticiler değil, aynı zamanda bir bütün olarak banka organizasyonunda görev alanlar ile denetim yükümünün icrasında zaafiyet gösteren yetkili kuruluşlardır. Bankacılık mevzuatında fona devir ya da faaliyet izninin kaldırılması nihai tedbir olarak öngörölmüş bulunsa da, bu safhaya kadar kamusal gözetimin etkin bir şekilde icrasına ve gerektiğinde başkaca tedbirlerin alınmasına açıkça izin verilmektedir. Bu nedenle, özellikle banka yöneticilerinin hukuki sorumluluğu değerlendirilirken, onlardan insan takatinin üzerinde gayret göstermeleri beklenmemeli ve makul bir yaklaşımla yükümlülükleri tesbit edilmelidir. Aksi yöndeki katı bir yaklaşım, banka yöneticiliği görevini, herkesin giymekten imtina ettiği ateşten bir gömleğe dönüştürecektir. Çalışmada, “makul sorumluluk” anlayışı çerçevesinde sorumluluk esasları tetkik edilecektir.

KAPSAM VE İNCELEME PLANI

Bankacılık Kanunu'na göre bankaların anonim şirket şeklinde kurulması zorunludur (Bank.K m. 7/I,a). Bu nedenle anonim şirketlere ilişkin genel hüküm niteliğindeki esasların bankalar hakkında da uygulanmasına izin verilmiştir (Bank.K m. 2/son). Ancak Bankacılık Kanunu banka yönetici ve ortaklarının hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak bazı özel hükümler içermektedir. Banka yönetici ve ortakları hakkında istisnai nitelikte sorumluluk hükümlerine yer verilmiş olması, bizi konu hakkında araştırma yapmaya iten temel etkindir. Uygulamanın gelişmesi ve artan sorunlar, banka yöneticilerinin Bankacılık Kanunu'ndan doğan hukuki sorumluluklarının etraflı biçimde incelenmesini gerekli kılmaktadır. Çalışmada Bankacılık Kanunu kapsamında kalan özel sorumluluk halleri incelendiğinden, anonim şirketler bakımından yürürlükte olan genel sorumluluk esasları, çalışmamız kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak, gerekli olan hallerde konuyla ilgisi ölçüsünde kapsama dahil edilecektir.

Banka kavramı, yasal olarak oldukça geniş bir kapsama sahiptir (Bank.K m. 3). Özel kanunla kurulmuş olan bankalar da bu kapsam içerisinde yer almaktadır. Ancak çalışmamızda özel kanunla kurulan bankaların yönetici ve ortakları inceleme dışı bırakılacaktır (Bank.K m. 2/II). Bu tür bankalardaki yöneticilerinin hukuki statüsü kamu hukuku kurallarına da tabi olduğundan, çalışmamızda sözkonusu bankalardaki sorumluluk esaslarına yer verilmeyecektir. Ayrıca kanuni sınıflandırmada banka kavramı kapsamına dahil edilen katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarının yönetici ve ortakları da inceleme alanımız dışında kalmaktadır. Çalışmamızda ortak, yönetici, banka ve alacaklı ilişkileri ile banka faaliyetleri esas alınacağından, benzer özellikler bulunsa da, sadece mevduat bankalarının yönetici ve ortaklarının sorumlulukları incelenecektir. Banka denildiğinde akla gelen ilk tür olması ve diğer bankaların bankacılık sahasındaki faaliyetlerinin sınırlı olaması nedeniyle çalışmanın başlığı, "mevduat bankaları yönetici ve ortağının hukuki sorumluluğu" olarak değil, "bankalarda yönetici ve ortakların hukuki sorumluluğu" şeklinde isimlendirilmiştir.

Banka yönetici ve ortaklarının hukuki sorumluluğunun tez kapsamına alınıp, aynı sorumluluk esaslarına tabi olan denetçilerin inceleme kapsamına alınmaması eleştiri konusu olabilecek nitelikte ise de, tez kapsamında incelenen yönetici ve ortakların, denetçilerden farklı ve kendilerine has özelliklerinin bulunması, belirli bir konuya odaklanmak bakımından önem arz etmektedir. Bankacılık kanununa göre sorumlulukları gereken yönetici ve ortaklar, esas itibarıyla bankayı açık veya örtülü biçimde yöneten ve bu surette banka kaynaklarını istismar edebilecek kimselerdir. Banka yönetimine dair bu müşterek özellik ve konunun daha spesifik incelenme gayesi, denetçilerin sorumluluğunun tez kapsamına alınmamasının daha faydalı olacağı düşüncesini hasil etmiş ve sadece yönetici ve ortakların sorumluluğu inceleme konusu yapılmıştır.

Tezde münhasıran banka yönetici ve hakim ortaklarının Bankacılık Kanunu'ndan kaynaklanan hukuki sorumlulukları incelenecektir. Özel kanunlarda tanzim edilen sorumluluk halleri çalışma konumuz dışında kalmaktadır. Bankacılık Kanunu'ndaki sorumluluk halleri, hususiyile bankanın fona devri veya faaliyet izninin kaldırılması sonrasında gündeme gelmektedir. Ancak mevduatın yanlış bildirilmesinden ve sisteme giriş payının ödenmemesinden kaynaklanan sorumluluk halleri de, Bankacılık Kanunu'ndan kaynaklanan sorumluluk halleri olmaları itibarıyla tez kapsamında incelenmiştir. Buna karşın ilgili bakan, fon ya da BDDK tarafından atanan yöneticilerin hukuki sorumluluğuna ilişkin esaslar, tezin kapsamı dışında kalmaktadır.

Banka yönetici ve ortaklarının hukuki sorumluluğu bakımından en önemli düzenleme Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesinde düzenlenen sorumluluk hali olduğundan, tezde esas olarak bu maddede yer alan sorumluluk hali incelenmiş ve plan buna göre oluşturulmuştur.

Tezin birinci bölümünde tez konusu bakımından önem taşıyan kavramlardan banka, hakim ortak, sorumluluk, yönetim ve yönetici kavramları tetkik edilerek, iflas yoluyla sorumluluğu tanzim eden Bankacılık Kanunu düzenlemesinin tarihi gelişim süreci incelenmiştir

Sorumluluk hukukunda yasal organizasyon yapısı ve sorumluların birbirleri ile olan ilişkileri bakımından önem taşıyan banka yönetim organizasyon yapısı ve sorumluluk ilişkisinin tarafları, ikinci bölümde incelenmiştir.

Üçüncü bölümde sorumluluğun maddi şartları ele alınmış, bu kapsamda kanuna aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurlarının, banka yönetici ve ortaklarının tazminat gerektiren işlem ve kararları bakımından özellik arz edip arzetmediği irdelenmiş; devam eden beşinci bölümde ise, sorumluluğun şekli şartları ve usuli esaslar tetkik edilmiştir.

Tezin son bölümünde, iflas yoluyla sorumluluk dışında kalan sorumluluk halleri, birden fazla kimsenin aynı zarardan dolayı hukuken nasıl bir sorumluluğa tabi olduğu, zamanaşımı, ibra ve bundan kaynaklanan sorumluluk ile yönetici sorumluluk sigortası incelenmiştir.

I. BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE BANKA SORUMLULUK HUKUKUNUN GELİŞİMİ

§ 1. TEMEL KAVRAMLAR

I. YÖNETİM VE YÖNETİCİ

A. Genel Olarak

Yönetici kavramı, bankaların zorunlu organizasyon şekli olan³ anonim şirketleri düzenleyen TTK'da yer almamakla birlikte⁴, ilk kez 4389 sayılı kanunla⁵ banka hukuku literatürüne girmiştir. Ancak kavramın anlam ve kapsamına ilişkin ilk hükümler 5411 sayılı kanunda yer almaktadır. Kavram, banka tüzel kişiliğine ve banka işletmesine yönelik olduğundan, işletme bilimi verilerinin tanım bakımından dikkate alınması gerekmektedir.

³ Bankacılık Kanunu'nun 7. maddesi, Türkiye'de kurulacak bankalar bakımından anonim şirket şeklinde kurulma zorunluluğu öngörmekle birlikte, yurt dışındaki bir bankanın Türkiye'de şube açması suretiyle kurulan bankalar (Bank.K m. 3) için, şube açan bankanın ya da şubenin anonim şirket şeklinde kurulması zorunlu değildir. Ancak yurt dışındaki bankanın bir şirket olması zorunludur (BİTİDPSY. m. 5/I,III). Çalışmamızda bankalar hakkında yapılan değerlendirmelerde, kural olarak, Türkiye'de kurulan bankalar esas alınmıştır.

⁴ TTK'da kullanılan "idare" kavramı yerine, öğretide ve yargı kararlarında aynı anlamı taşıyan "yönetim" kavramı tercih edilmektedir. Benzer şekilde TTK'nın idareye mezun ve yükümlü kıldığı "idare meclisi" kavramı yerine, aynı çevrede "yönetim kurulu" kavramı yerleşmiştir. Örnek olarak bkz. **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2009, kn. 521 vd.; **Çamoğlu**, Ersin; Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2007, s. 1 vd.; **Pulaşlı**, Hasan, Şirketler Hukuku, Adana, 2003, s. 391; **Helvacı**, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2001, s. 3 vd.; **İmregün**, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1993, s. 331 vd.; **Tekil**, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1998, s. 150 vd.; **İzmirli**, Yadigar, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2001, s. 28 vd.; **Akdağ-Güney**, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2010, s. 2 vd.; **Karaca**, Bedir, Anonim Ortaklıkta Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları, İstanbul, 2010, s. 1 vd.; HGK 05.03.2008 T., 2008/10-233 E., 2008/233 K.: 26.04.2006 T., 2006/12-223 E., 2006/235 K. sayılı ilamları. Bu durum idare kavramının farklı anlamları içermesi ya da dildeki gelişimle açıklanabilir olsa da, kavramın hukuk literatüründe yerleşmiş olması ve kavram kargaşası doğurma kaygısı, yönetim kavramının kullanımını tercihe şayan kılmaktadır.

⁵ Bkz. 4389 s. K. m. 9/II,b. Bu kanun haricinde de yönetici kavramı çeşitli kanunlarda kullanılmaktadır. Sınırlı bir sayım olmamakla birlikte, Sigortacılık Kanunu'nun 4 ve 6. maddelerinde, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46 ve 47. maddesinde, Umumi Mağazalar Kanunu'nun 13. maddesinde, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 83. maddesinde, Vergi Usul Kanununun mükerrer 242. maddesinde, başta Türk Ceza Kanunu olmak üzere (TCK.m.53,158), ceza hükmüne yönelik olarak çeşitli kanunlarda şirket yöneticisi kavramı kullanılmaktadır.

Yönetim kavramı, oluşum ve gelişimi insanlık tarihini kapsayan, ancak tekamülü 18. yy. sonrasında gerçekleşen, sadece hukuk değil, sosyoloji, iktisat, psikoloji gibi diğer bilim ya da disiplinler kapsamında incelenen ve üzerinde tartışmaların süregeldiği bir kavramdır⁶.

İşletme ve diğer bilimlerde yönetim kavramının anlamı konusunda farklı yaklaşımlar bulunmakla birlikte, “*belli amaçları diğer kişilerin çabaları ile gerçekleştirme*” ortak unsuru üzerinde yoğunlaşıldığı gözlemlenmektedir⁷. Bu unsurun yönetimi bir araç olarak algıladığı açıktır. Bu tanım doğrultusunda yönetim, belli gaye ya da işlevlerin gerçekleştirilmesi bakımından karar alma ve uygulama unsurlarını ve aynı zamanda icrayı sağlayacak alt seviyedeki araç öğelerini içermektedir. Kapsam konusunda yapılan bu tesbit, aynı zamanda organizasyonun belirlenmesi ve idaresini de içermektedir. Başka bir deyişle yönetim, amaca ulaşmak bakımından organizasyon aracını kullanmakta ve bu aracı koordine etmektedir. Yönetim kavramı hakkında yapılan bu tesbitten ortaya çıkan ve sorumluluk hukuku bakımından önem taşıyabilecek temel sonuç, yöneticinin işletme içerisindeki tüm işleri yapma ve tüm kararları kontrol etme yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Aksi durum, bizatihi işletme yönetimi kavramına ters düşmektedir. Bu bakımdan, yöneticinin işletme içerisindeki rolünün, uygulamadan ziyade stratejik bir nitelik taşıdığını kabul etmek gerekir⁸.

B. İşletme Bilimi Açısından

İşletme bilimi bakımından yönetim kavramı “*kişilerin tek başlarına başaramayacakları sonuçları elde etmek üzere bir grup halinde giriştikleri faaliyetleri, bir ya da daha fazla bireyin eşgüdümlemesi süreci*” şeklinde tanımlanmaktadır⁹. Bu tanımda organizasyonel niteliğin ağırlık taşıdığı

⁶ Efil, İsmail; İşletmelerde Yönetim ve Organizasyon, Bursa, 1994, s. 1 vd.; Ertürk, Mümin; İşletmelerde Yönetim ve Organizasyon, İstanbul, 2000, s. 5

⁷ Efil, s. 1.

⁸ Son 3 cümle için bkz. Sieg, Oliver/Zeidler, Simon-Alexander; Business Judgment Rule, Corporate Compliance Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, Hrsg. von Christoph E. Hauschka, München, 2007, s. 51 Rn. 13. Ayrıca işletme yöneticisinin yükümlülükleri bakımından aynı sayfadaki açıklamalara bakınız.

⁹ Tuncer, Doğan/Ayhan, Doğan Yaşar/Varoğlu, Demet, Genel İşletmecilik Bilgileri, Ankara, 2008, s. 137

gözelemlenmektedir. Tanımdaki eşgüdüm, geniş manada organize etmeyi ifade etmekte olup, bu husus kaynakların planlanması, örgütlenmesi, idare ve sevk edilmesi ve denetlemeyi kapsamaktadır¹⁰.

Yönetim tek başına, geniş manada organizasyon ile sınırlı tutulmamaktadır. Zira organizasyon, yönetici ve yönetilenler arasında şekli ve hiyerarşik bir yapının oluşturulması ve yapılacaklar hususunda yetki ve sorumlulukların belirlenmesini ifade eder; yönetim ise hedeflerin belirlenmesi, bu hedeflere uygun icraatların yapılması ve bunun sonuçlarının değerlendirilmesi faaliyetini kapsar¹¹. Bu haliyle organizasyon, yönetimin önemli bir parçasını oluşturur ve sorumluluk hukuku bakımından bu önemin nazara alınması gerekir¹².

İşletme bilimi öğretilerinde yönetim kavramı, insan unsuru ve diğer unsurlar arasında ayırım yapılmak suretiyle insan yönetimi ve işletme yönetimi olmak üzere iki başlık altına incelenmektedir¹³. İnsan yönetimi, *“bir sosyal sistemdeki münferit şahısların (yönetenler), sistemdeki diğer şahısların (yönetilenler) amaca uygun davranışlar gerçekleştirebilmesi için (yöneticiler tarafından) ikna etmesini (iş yaptırmalarını) sağlayan bütün davranışları”* kapsar¹⁴.

İşletme yönetimi ise *“grup ötesindeki sistemin uyumunu hedefleyen bütün sistem düzeyinde yönetimdir”* ve kendi içerisinde kurumsal ve fonksiyonel yönetim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁵. Kurumsal işletme yönetimi, organizasyon içerisinde emir ve talimat verme yetkisi ile buna riayet edilmesi yükümlülüğünü kapsarken; fonksiyonel işletme yönetimi, işletme

¹⁰ Efil, s. 2: Tuncer/Ayhan/Varoğlu, s. 137

¹¹ Efil, s. 3

¹² Blau ve Scott organizasyonun önemini vurgulamak bakımından “bütünün, kendisini oluşturan parçaların tamamından daha büyük olduğu” deyimini kullanmakta ve örnek olarak bir buz parçasının, kendisini oluşturan hidrojen ve oksijen atomlarından daha büyük olduğunu, zira bu atomlar arasındaki özel bir bağlantı (organizasyon) sayesinde buzun ortaya çıktığını ifade etmekte, keza bir otobüs dolusu insanın bir grup teşkil etmediğini, ancak bir klübe üye olan bir otobüs dolusu insanın aralarındaki özel bağlantı (organizasyon) sebebiyle bir grup teşkil ettiğini ifade etmektedir. Bkz. Blau, Peter M./Scott Richard W., Formal Organizations, San Francisco, 1962, s. 3

¹³ Wegmüller, Michael, Die Ausgestaltung der Führungs- und Aufsichtsaufgaben des schweizerischen Verwaltungsrates; unter Berücksichtigung der Verhältnisse in Deutschland und England, Bern, 2008, s. 4

¹⁴ Wegmüller, s. 4

¹⁵ Wegmüller, s. 5

içerisinde irade oluşumu ve icrasına ilişkin süreci ifade eder¹⁶. Burada icra kavramını, denetim ya da gözetimi de kapsayacak şekilde anlamak gerekir.

İşletme içerisinde iradenin oluşum, gerçekleşme ve değerlendirilmesine ilişkin bu süreç işletme bilimcileri tarafından “yönetimin fonksiyonları” başlığı altında incelenmekte ve konuyla ilgili farklı değerlendirmeler bulunsa da yönetimin temelde üç fonksiyonu bulunduğu kabul edilmektedir¹⁷. Bunlar planlama, organizasyon ve gözetimdir¹⁸.

C. Hukuki Açıdan

1. Şekli Yaklaşım

Yönetim kavramına ilişkin olarak Bankacılık Kanunu'nda bir düzenleme bulunmadığı gibi, bankaların da tabi olduğu anonim şirketler hukukuna ilişkin TTK hükümlerinde de bir tanım yer almamakta, terminolojik olarak eşanlamlısı olan “idare” terimi tercih edilmekte ve bu kelime aynı zamanda yönetim kavramının tanımı için kullanılmaktadır (TTK m. 317).

İsviçre öğretisinde OR Art. 419'dan hareketle, kavram kısa ve öz olarak, “işleri yapmak” (*Geschäft zu führen*) şeklinde tanımlanmaktadır¹⁹. Ancak yönetim ve buna bağlı olarak yönetici kavramının bu denli basite indirgenmesi mümkün değildir.

Türk pozitif hukukunda yönetime ilişkin bir tanım yer almamakla birlikte, yönetime ilişkin faaliyetleri icra edecek olan kimselerin sınırının kanunen belirlenmesi yoluna gidildiği gözlemlenmektedir. Kanun koyucu yönetim görev ve yetkisini icra edecek olan kimselerin kim ya da kimler olabileceğini kendisi göstermektedir. Bu kapsamda TTK idare ve temsil vazifesini yönetim kuruluna yüklemekle, ilke olarak şekli yaklaşımdan hareket

¹⁶ Wegmüller, s. 5

¹⁷ Lutter, Alman hukukunun hususiyetlerinin etkisiyle bu fonksiyonları planlama ve organizasyon ile sınırlamaktadır. Bkz. Lutter, Marcus, Die Pflichten und Haftungen von Sparkassenorganen, Berlin, 1991, § 4: Buna karşın bazı işletme kitaplarında bu üç fonksiyondan organizasyon yerine sevk-etme-fonksiyonu (bkz. Bateman, Thomas S./Snell, Scott A., Management, Boston, 2002, s. 108 vd.), bazılarında örgütleme, yöneltme ve koordinasyon fonksiyonu (bkz. Bumin, Birol, İşletme Örgütlerinin Yönetimi, Ankara, s. 31 vd.); bazılarında bu üç fonksiyona ek olarak yöneltme, koordinasyon ve karar verme fonksiyonu (bkz. Ertürk, s. 59 vd.) zikredilmektedir. Örneklerin çoğaltılması mümkündür.

¹⁸ Wegmüller, s. 5

¹⁹ Wegmüller, s. 6

etmektedir (TTK m. 317). Bu durumda yönetici kavramı şekli bir mahiyet arzedeceğinden, yönetim tanımlanmasa da, kanunun yönetim görevini kendisine yüklediği kimseler yönetici olarak nitelendirilebilecektir. Alman bankacılık hukukunda da yönetici (*Geschäftsleiter*) kavramı bakımından şekli kriter esas alınmaktadır. Alman Kredi İşleri Kanunu'na göre, “*Bu kanun bakımından yönetici, yasa veya esas sözleşme uyarınca işlerin yönetiminde ve tüzel kişi... olan kredi kurumunun temsilinde görevlendirilen gerçek kişilerdir*” (KwG § 1 Abs. 2). İşleri yönetme yetkisinin ya da temsil yetkisinin bulunması, bir kimseyi yönetici olarak nitelendirmek bakımından tek başına yeterli olmayıp, yasa ya da esas sözleşme ile şekli bir yetkilendirmeye ihtiyaç bulunmaktadır²⁰.

TTK'da tek başına şekli kriterden hareket edildiğini söylemek isabetli olmayacaktır. Her ne kadar kanun zorunlu organ olarak yönetim kurulunun şirketi yöneteceğinden bahsetmişse de, anonim şirket işletme ve organizasyonu tek başına yönetim kurulu ile idare edilemeyecek derecede geniş bir sahaya yayılmış olabilir. Bu durumda yönetim kurulu üyeleri, şirketin üst kademe yöneticilerini ifade etmekte olup, orta ve alt kademelerde de yöneticilere de ihtiyaç bulunmaktadır²¹. Nitekim müdürlere ilişkin TTK m. 342 ve devamı maddeleri de bu gerçeğin somut görünümüdür. Bu nedenle, nasıl isimlendirilirse isimlendirilsin, şirket işlerinin icra kısmına ilişkin işleri idare eden kimseleri de yönetici kavramı kapsamında nitelendirmek gerekmektedir.

Şirketin tüzel kişilik organizasyonu haricinde, sahip olduğu işletme nazara alındığında, bir tacir olarak anonim ortaklığın çeşitli yardımcı birimlerden istifade etmesi mümkündür. Bu kapsamda işletme faaliyetlerinin nitelik ve kapsamı nazara alınarak gerek duyulan sayı, yetki ve nitelikte yardımcı personel ve örgütlenmeye ihtiyaç duyulur. Anonim şirket olarak banka da, genel olarak merkez teşkilatında yer alan görevlilerin yanı sıra, şube şeklinde örgütlenen taşra yapısı ve her iki teşkilatta çalışan çeşitli yetkilere sahip görevlilerle faaliyetlerini yürütür. İşletmenin idare ve temsilinde

²⁰ Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar nebst Materialien und ergänzenden Vorschriften, Band I, begründet von Beck, Heinz und Hrsg. von **Samm**, Carl-Theodor/ **Kokemoor**, Axel, Heidelberg, 2008, § 1, Rn. 284

²¹ **Tuncer/Ayhan/Varoğlu**, s. 139

görev alan kimseler, ticari işletme hukuku bakımından yönetici değil, tacirin yardımcısı olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla yönetici kavramı, TTK'nın anonim şirketler hukukuna ilişkin düzenlemelerindeki sınırı aşan, şekli ve fonksiyonel anlamları içeren geniş bir kapsama sahiptir.

2. Fonksiyonel Yaklaşım

Fonksiyonel bakımdan yönetici kavramı, pozitif hukukun sınırlarını şeklen çizmiş olduğu yönetici kavramından farklı olarak, işletme dahilinde yönetim görevini icra eden kimseleri kapsamaktadır. Anonim şirketler hukukunda, fonksiyonel anlamda yönetici kavramı bakımından 20. yüzyılın ortalarından bu yana işletme biliminin oluşturduğu verilerden yararlanılmaktadır²².

Yönetim kavramı hukuk alanında da esasen işletme biliminde yer alan işlevleri karşılayacak bir anlama sahiptir. Yönetimin temel fonksiyonlarının planlama, organizasyon ve gözetim olduğu kabul edilip, kanunun bu amaçları gerçekleştirmek için öngördüğü yapı nazara alındığında, anonim şirketteki zorunlu olan organlara yönetim görevinin bir bütün olarak tevdi edildiği görülmektedir. Burada kullanılan yönetim kavramı, anonim şirketin iç ve dış ilişkilerinde faaliyetlerini yürütebilmesi bakımından gerekli olan iş ve işlemlerin tümünü karşılayacak *geniş* bir anlama sahiptir.

Ancak öğretilerde, fonksiyonel anlamda bir işletmede basit anlamda dört işlev ayrımı yapılabileceğini, bunların *irade oluşumu işlevi*, *icra işlevi*, icrai eylemlerin yerindeligi ve amaca uygunluğunun denetimi işlevi (*yerindelik denetimi*) ve hukuka ve muhasebe kaidelerine uygunluğun kontrolü, yani *olağan denetim işlevi* olduğunu kabul edilmektedir²³. Burada icra fonksiyonunu yerine getirecek olan birim yönetim kuruludur²⁴. Bu haliyle

²² Lutter, s. 23

²³ Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996, § 20, N 2.

²⁴ Diğer üç işlevi yerine getirecek zorunlu organlar belli olmakla birlikte, Alman hukukundan farklı olarak İsviçre-Türk hukuk sisteminde yerindelik denetimi yapacak *Aufsichtsrat* gibi müstakil bir organ bulunmadığından, bu işlevin diğer üç zorunlu organ tarafından yerine getirilebileceği hususunda bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 20, N 4.

yönetim, sadece icra fonksiyonu ile sınırlandırılarak *dar anlamda* kullanılmaktadır²⁵.

Fonksiyonel anlamdaki bu tanım, anonim şirketler hukukuna uygulandığında, değişen şartların bu tanımlamayı aştığı ve anonim şirkette yönetim pozisyonunda olan kişilerin bu işlevlerin hemen tamamını icra ettiği saptanmaktadır²⁶. Örneğin yönetim kurulu bu işlevlerin tamamını kendi başına gerçekleştirmektedir (Bkz. OR Art. 716a²⁷). Ancak bu yetkilerini diğer organların yasayla tanımlanmış görev sahasına müdahale etmeksizin kullanmak zorundadır.

Mevcut değerlendirmeler ışığında *yönetim*, kanunen zorunlu diğer organların görev sahasında kalmayıp, işletmenin amacını gerçekleştirmeye yönelik karar alma, bunları uygulama ve uygulanmasını gözetime yönelik faaliyetlerin tümü olarak tanımlanabilir.

Bu *işlevsel* yaklaşım esas alındığında *yönetici* kavramı, işletmenin yönetimine taalluk eden işlemleri bakımından irade oluşumu, icra, yerindelik denetimi ve kontrol işlevlerini kısmen veya tamamen icra eden kişi topluluğunu ifade eder. Organizasyon açısından bu işlevlerin tevdi edildiği kimselerin alt derecede görevlilere işleri tevdi etmesi, kendisine görev tevdi edilen kimsenin yönetici olmasını engellemez. Ancak alt derecedeki görevlilerin bağımsız karar alma ve hareket serbestisinin bulunması, ayrıca bu karar alma muhtariyetini icra edecek hiyerarşik açıdan bağlı bir birimin bulunması, yönetici sıfatı bakımından gereklidir.

II. HAKİM ORTAK KAVRAMI

Bankacılık Kanunu'nda hakim ortak, "*bir ortaklığı doğrudan ya da dolaylı olarak, tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlamıştır (Bank.K m. 3).

²⁵ **Pulaşlı**, (Şirketler Hukuku, 2003), s. 392: **Meier-Wehrli**, Jörg, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR / 41 ff. BankG., Zürich, 1968, s. 7

²⁶ Yerindelik denetimi ve olağan denetimin aynı zamanda yönetim kapsamında kaldığına ilişkin değerlendirme bakımından bkz. **Erny**, Dominik, Oberleitung und Oberaufsicht, Zürich, 2000, s. 123 vd.

²⁷ İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan bu düzenleme, TTKT m. 375'e benzer şekilde aktarılmıştır.

Yasal düzenlemede hakim ortak hakkında açık bir tanıma yer verilmesine rağmen, tanımın esasını teşkil eden “kontrol” ibaresinin içeriğinin doldurulması, kavramın anlam ve kapsamını belirleyici öneme sahiptir²⁸. Önemine istinaden Bankacılık Kanunu’nda kontrol kavramı tanımlanmıştır. Buna göre kontrol, “*Bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgari yüzde ellibirine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması*”dır (Bank.K m. 3). Kavram özü itibariyle, yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünü elde bulundurmayı ifade etmektedir.

Bu iki tanımın birleştirilmesi suretiyle hakim ortak, bir ortaklıkta yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunu atama ya da görevden alma gücünü doğrudan ya da dolaylı olarak tek başına ya da birlikte elinde bulunduran kişidir²⁹. Yasada birlikte kontrolün nasıl gerçekleşebileceğine ilişkin bazı örnekler yer verilmiş ise de, birden fazla kimsenin beraberce kontrolü sağlaması, madde metninde sayılan hallerle sınırlı değildir. Bu gücün belli bir kişi ya da kişi grubunun elinde bulunup bulunmadığı, somut olay şartlarına göre belirlenecektir.

III. BANKA KAVRAMI

A. Genel Olarak

Müteşebbislerin yahut diğer kimselerin yatırım ve diğer mali ihtiyaçlarını karşılamak bakımından fon ihtiyacı duyması, kredi temini ile uğraşan özel bir meslek türünün ortaya çıkmasına yol açmıştır. Ortaya çıktığı

²⁸ TTK Tasarısı’nın 195/I,a maddesi de hakimiyet bakımından, kontrol kavramını temel almıştır. **Turanboy**, Asuman, Bankacılık Kanunu’nda Düzenlenen Hakim Ortak Kavramı, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. II, Ankara, 2010, (2115-2122), s. 2117; Ayrıca “Kontrol”, “Hakimiyet” ve “Tek Elden Yönetim” kavramları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Okutan-Nilsson**, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009, s. 81 vd.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için Bölüm II, § 4, IV nolu başlık altında yapılan açıklamalara bakınız.

İtalya ve Fransa'da "banco" ismi ile zikredilen ve "para değişimi yapılan masa" anlamına gelen³⁰ bu meslek, zamanla dünyanın tüm ülkelerine yayılmış ve kural olarak³¹ ortaya çıktığı ülkelerdeki şekliyle isimlendirilmiřtir³². 20. yüzyılın başlangıcına kadar bankaların kuruluş ve faaliyetleri hususunda gerek ülkemizde gerekse Avrupa devletlerinde kanun koyucu tarafından ilke olarak müdahalede bulunulmamakta ve bankalar ticaret kanunlarına tabi işletmeler olarak faaliyetlerini yrtmekteydiler³³. 1929 yılından başlayan büyük buhran ile birlikte pek çok banka iflas etmiş ve kanun koyucunun dikkatini bu alana ynelmiřtir³⁴. Bu tarih sonrasında Amerika, Avrupa ve ülkemizde de mevduatın korunmasına yönelik düzenlemelere hızlı şekilde yürürlük kazandırılmıřtır³⁵. Mevzuatı tepki sonucu oluştuğundan, kuruluş ve faaliyetleri bakımından bankalara kamu hukukunun ağır müdahaleleri bulunmaktadır.

Banka kavramının piyasa faaliyetleri esas alınmak suretiyle tanımlanması mümkündür. İktisadi bakımdan fon ihtiyacının karşılandığı piyasalar, mali piyasalar olarak isimlendirilmekte ve piyasadan talep edilen fonun vadesine göre mali piyasalar kendi içerisinde para ve sermaye piyasaları olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Para piyasaları, 1 yıldan az vadeli fon taleplerini karşımlarken, sermaye piyasaları 1 yılın üzerinde vadesi bulunan, yani kendi içerisinde taksim edildiğinde orta ve uzun vadeli fon ihtiyaçlarının karşılandığı piyasalar olarak tanımlanmaktadır³⁶. İktisat öğretisinde de sermaye piyasalarının teşkilatlanmış hali borsa, para piyasalarının teşkilatlanmış hali de banka olarak isimlendirilmektedir. Bu

³⁰ **Birsel**, Mahmut T., Banka Kavramı ve Bankaların Sınıflandırılması, Batider., 1964, C.II-4, s. 628

³¹ Kural bu olmakla birlikte, bazı devletler pozitif hukuklarında farklı bir terminolojiyi de benimseyebilmektedirler. Örneğin Alman hukukunda *Kreditinstitut* kavramı bankaları kapsayan bir içerikte kullanıldığı gibi, hukukumuzda da 5411 s. K. ncesinde, katılım bankaları için "zel finans kurumu" kavramı kullanılmıştır.

³² Kavramın etimolojik açıdan ilginç bir serüveni olduğu ve Fransa ve İtalya'da "banque" ve "banca" şeklinde ifade edilip aynı anlamda kullanıldığı hakkında bkz. **Rose**, Peter, Commercial Bank Management, Producing and Selling Financial Services, Boston, 1991, s. 5.

³³ **Panowitz**, Rudolf/**Jung**, Harald, Kreditwesensgesetz, Deutsch-englischer Kommentar, Frankfurt am Main, 1988, s. XIII; **Birsel**, s. 628

³⁴ **Birsel**, s. 628

³⁵ Bkz. **Zahn**, Johannes C.D., Die Bankaufsichtsgesetze der Welt, Berlin und Leipzig, 1937, s. 3 vd.; ülkemizde bankalarla ilgili ilk kapsamlı düzenleme, 1933 yılında yürürlüğe giren Mevduatı Koruma Kanunu ile yapılmıştır.

³⁶ **Sarıkamış**, Cevat, Sermaye Pazarları, İstanbul, 1980, s. 72

yaklaşımına göre banka, para piyasalarının teşkilatlanmış şeklini ifade etmektedir.

İktisadi anlamdaki bu tanım, şüphesiz hukuki nitelik taşımaktan uzaktır. Vadeyi esas alan bu genellemenin çoğu zaman aksi varit olmaktan başka, bankaların sermaye piyasası faaliyetinde bulunmaları hususunda herhangi bir engel bulunmamaktadır (Bank.K m. 4).

B. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda bankalar kanunu³⁷ olarak adlandırılan düzenlemede, banka hakkında yasal bir tanım yer almamaktadır. Bu hukuk çevresinde kredi alıp vermeyi meslek olarak icra eden işletmeler banka olarak kabul edilmekte³⁸ ve aktif faizleri ile pasif faizi arasındaki farktan, yani kredi ve mevduat faizleri arasındaki fark sayesinde kâr elde eden kuruluşlar banka olarak tanımlanmaktadır³⁹. Bir bankanın mevcudiyetinden sözdebilmek için, kural olarak, işletmenin aktif ve pasif işlemleri yapması gerekmektedir⁴⁰. İşletme bu işlemlerden birini yapma özelliğini yitirse, banka vasfını da yitirecektir (BankV Art 2a lit. a).

Burada pasif işleminden maksat mevduat toplama şeklinde gerçekleşen işlemlerdir ve bunun meslek olarak icra edilmesi gerekmektedir. Kendi varlıkları ya da büyük ölçüde ortaklarının katkılarıyla faaliyette bulunan işletmeler bankalar kanununa tabi olmaz⁴¹. Bu işin meslek olarak yürütülmesi, dogmatik hukuk vasıtasıyla somutlaştırılmıştır. Buna göre bir işletme süreklilik unsurunu içerecek şekilde 20'den fazla mevduat kabul

³⁷ Metinde “bankalar kanunu” olarak zikredilmekle birlikte, kanunun ismi (*Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*) “Banka ve Tasarruf Sandıkları Hakkında Federal Kanun”dur.

³⁸ **Bahar**, Rashid/**Stupp**, Eric, in *Basler Kommentar Bankengesetz*, Hrsg. von Watter, Rolf/Vogt, Nedim Peter/Bauer, Thomas/Winzeler, Christoph, Basel, 2005, Art. 1, Rn. 2

³⁹ Kanun gerekçesi için bkz. BBl. 1934 I 183, Federal Mahkeme Kararı için BGE 87 I 490 Se. 499: Bu tanım ticari bankalar için geçerli olmakla birlikte, İsviçre’de bankaların çoğu özel bankacılık yanında yatırım bankacılığı ile de meşgul olmaktadır. Bkz. **Bahar/Stupp**; Art. 1, Rn. 2

⁴⁰ Bu iki faaliyet gerçek bankacılık işlemi (*eigentliches Bankgeschäft*) olarak nitelendirilmekte ve bankalar kanununa tabi olmak bakımından yeterli kabul edilmekte; bunun haricindeki faaliyetlere ise kanuna tabi olma yükümü bakımından önem verilmemektedir. Bkz. **Kleiner**, Beat, in *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, Hrsg. von Bodmer, Daniel/Kleiner, Beat/Lutz, Benno, Zürich, 1976, Art. 1. Rn. 7: **Iseli**, Thomas, *Führungsorganisation im Aktien-, Banken-, und Versicherungsrecht, Ausgestaltung, Aufgaben und Abgrenzungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung*, Zürich-Basel-Genf, 2008, s. 175.

⁴¹ **Kleiner** (1976); Art. 1, Rn. 8

etmişse, işi meslek olarak yürütmektedir (BankV Art. 3a/II). Bundan başka, bu sayıya ulaşılmamış olmakla birlikte mevduat toplama hususunda kamuya açıkça çağrıda bulunulması da işin meslek olarak yürütüldüğünü kabul için yeterli sayılmaktadır (EBK-RS 96/4, N. 9). EBK'ya göre bu koşul işletmede para kabul etme amacının tesbiti halinde de mevcut sayılabilir. Söz konusu amacın varlığı esas sözleşmede yer alan amaç maddesinden, fiili işlem ve davranışlardan anlaşılabilir⁴².

Aktif işleminden maksat ise kredi vermektir. Kanuna tabi olmak için kredi verilmesi suretiyle aktif işlemlerin meslek olarak yürütülmesi gerekir. Buna göre topladığı paraları bilançosunda pasif tarafta göstermesine rağmen kendi işletmesi için kullanan işletmeler, bankalar kanununa tabi değildir. Bu tür işletmeler, yabancı kişilerin paralarını toplamak için topluma çağrıda bulunsa da, banka işletmesi işletmediği için bankacılık gözetimine tabi değildirler⁴³. Öte yandan, kredinin belirsiz sayıda kimselere verilmesi gerekmekte, bağlı işletmelere kredi verilmesi, aktif işlemi olarak nitelendirilememektedir⁴⁴.

Bankalar şekli anlamda bir kanunla tanımlanmamış olmakla birlikte, alt düzenleyici işlem olan bankalar yönetmeliğinde bir tanıma yer verilmiştir. Buna göre bankalar, *esas itibarıyla finansal alanda faaliyet gösteren işletmelerdir* (BankV Art. 2a). Bundan başka yönetmelik özellikle aşağıdaki hallerde de finansal alanda faaliyette bulunduğunu kabul etmektedir:

- *kendi hesabına, iktisadi bir birlik teşkil etmediği belirsiz sayıdaki kişi ya da işletmeyi herhangi bir şekilde finanse etmek için, mevduat toplamayı meslek edinen ya da mevduat toplama çağrısında bulunan işletmeler* (BankV Art 2 lit a),
- *kendi hesabına, iktisadi bir birlik teşkil etmediği belirsiz sayıdaki kişi ya da işletmeyi herhangi bir şekilde finanse etmek için, büyük ölçüde kendi ortağı olmayan bankalardan finanse edilen işletmeler* (BankV Art. 2 lit. b)

⁴² Bahar/Stupp, Art. 1, Rn. 10

⁴³ Kleiner (1976), Art. 1, Rn. 11

⁴⁴ Kleiner (1976), Art. 1, Rn. 12

Yönetmeliğin (b) bendinde geçen bu tanım, sadece aktif işleminin yapılmasını öngörmekle ve pasif işleminin zorunluluğu kuralını bertaraf etmektedir. Bu durumda kendisi kredi vermekle birlikte, büyük ölçüde kendi ortağı olmayan bankalar tarafından finanse olunan işletmeler de banka olarak kabul edilmektedir.

Banka kavramının bu şekilde genişlemesi, “işlev koruma” gerekçesi ile açıklanmaktadır. Yani bu işletmeler artık finans sistemi ile bütünleşmiştir ve belli büyüklüğe ulaşmışlarsa, sistemden çıkmaları halinde sistem içerisinde krize yol açabilirler. İşte bu gerekçeyle sökonusu işletmeler, İsviçre hukukunda zorunlu olarak banka niteliği taşımaktadır⁴⁵.

C. Alman Hukuku

Alman hukuk öğretisinde son yasal değişiklikler öncesinde banka kavramının tanımı konusunda faaliyet esaslı yaklaşım mevcuttu ve hukuki organizasyon şekline bakılmaksızın bankacılık faaliyetleri ile belirli ölçüde ilgilenen kuruluşların banka olduğu kabul edilmekteydi⁴⁶.

Alman pozitif hukukunda terminolojik olarak “banka” yerine “kredi kurumu” (*Kreditinstitut*) kavramı tercih edilmiştir. Ancak kredi kavramı bankacılık faaliyetlerinin sadece bir boyutunu içerdiğinden, kredi kurumu yerine “para kurumu” teriminin daha isabetli olduğu yönünde haklı eleştirilere rastlanmaktadır⁴⁷.

Avrupa Birliği Konseyi'nin 77/780/EEC sayılı yönergesinin 1. maddesinde kredi kurumu, “*faaliyeti, kamudan mevduat ya da geri ödenmesi gereken diğer fonları toplamak ve kendi hesabına kredi vermek olan işletme*” şeklinde tanımlanmaktadır. Alman hukukunda da kredi kurumu hakkında benzer bir tanıma yer verilmiştir. KwG § 1/I,1 hükmüne göre kredi kurumu “*bankacılık faaliyetlerini meslek olarak ya da ticari şekilde işletilen bir işletmenin gerektirdiği boyutta icra eden işletmelerdir*”. Öğretide bu tanımın yönergedeki tanımdan daha kapsayıcı olduğu, ancak “ticari şekilde işletilen

⁴⁵ Bahar/Stupp, Art. 1, Rn. 5

⁴⁶ Panowitz/Jung, § 1, Rn. 1

⁴⁷ Beck u.a. Band I, § 1, Rn. 22

işletme” şartının aranmadığı vurgulanmaktadır⁴⁸. Alman hukukunda işletme, bankacılık faaliyeti yapma, bunu meslek olarak ya da ticari şekilde işletilen bir işletmenin gerektirdiği kapsamda yürütme banka kavramının unsurları olarak kabul edilmektedir⁴⁹.

İşletme (*Unternehmen*) kavramı pozitif hukukun farklı alanlarında kullanılmakla birlikte, Alman hukukunda kavramın ortak bir tanımı yapılmamaktadır. Bu nedenle her bir kanunun amacı ve menfaatler dengesi gözetilerek yorum yapılması gerektiği kabul edilmektedir. KwG'deki anlamıyla işletme, “işletmeye ilişkin bir faaliyeti” ifade etmektedir ve bu nedenle münferit bir ya da birkaç işin yapılması, işletmenin mevcudiyetini kabul için yeterli değildir. Ancak kanunda bu işin meslek olarak yürütülmesi özel olarak zikredildiğinden, buradaki işletme kavramını kurumsal manada anlamak gerekmektedir⁵⁰.

Bundan başka kanunda, bankacılık işlemlerinin yapılması şartına da yer verilmiştir. Bu faaliyetlerin neler olduğu KwG § 1,1,2'de sayılmıştır. Bankanın faaliyetleri kendi adına yürütmesi gerekir ve –İsviçre hukukundan farklı olarak- tek bir tanesinin dahi yapılması, banka vasfı kazanmak için yeterlidir⁵¹.

Meslek olarak faaliyetin yürütülmesinin belli ölçüde sürekliliğin olması ve işlerin kâr elde etme amacıyla icra edilmesi halinde mevcut kabul edilmektedir⁵².

Bu şartları taşıyıp bankacılık faaliyeti gerçekleştiren her işletme 1939 tarihli KwG hükümlerine göre banka sayılmakla birlikte, yeni mevzuat bu işletmeler için ek bir şarta daha yer vermiştir. Bu şart, yukarıda bahsedilen meslek olarak bu işi yürütme ya da işletmenin belli bir boyuta ulaşmış olmasıdır. Eğer işlerin boyutu, ticari şekilde işletilen bir işletmeyi gerekli

⁴⁸ Beck u.a. Band I, § 1, Rn. 23

⁴⁹ Beck u.a. Band I, § 1, Rn. 24

⁵⁰ Beck u.a. Band I, § 1, Rn. 25

⁵¹ Beck u.a. Band I, § 1, Rn. 31

⁵² Beck u.a. Band I, § 1, Rn. 34

kılmıyorsa, o zaman banka olarak kabul edilemeyecektir. Burada aranan şart, HGB. § 2 ve 4'de aranan şartlarla hemen aynıdır⁵³.

D. Türk Hukuku

1. Pozitif Hukuk

Hukukumuzda banka kavramı yasal olarak tanımlanmış olmakla birlikte (Bank.K m. 3), yasada bir tanımdan ziyade sayım yapılmaktadır. Kanuni düzenlemeye göre banka, faaliyet konuları itibariyle sınıflandırılmış olan banka türlerini kapsayan bir üst başlıktır. Kapsamında ise mevduat, katılım ve kalkınma ve yatırım bankaları bulunmaktadır. Bu banka türlerinin ortak faaliyet konusu "kredi kullandırmak"tır⁵⁴. Diğer faaliyet konuları bakımından ise mevduat ve katılım fonu toplama unsurlarına yer verilmektedir (Bank.K m. 3).

Halktan mevduat ya da fon toplamamakla birlikte, tek başına kredi kullandırılması bankacılık kapsamında yer aldığından, bankalar kredi temin eden kurumlar olarak tanımlanmakta ve fakat ödünç para verme işleri ile iştigal eden tüm işletmelerin banka olmadığı, bunların banka sayılabilmesi için kanunda öngörülen hükümlere uygun biçimde kurulması gerektiği öğretide vurgulanmaktadır⁵⁵. Bankalar, kanunda sayılan diğer konularda da faaliyette bulunabilmekle birlikte (Bank.K m. 4), diğer faaliyetler faaliyetler bankaları karakterize etmekten uzaktır.

Banka kavramı tanımlanırken faaliyet esasına dayanan bir yaklaşım benimsenmektedir. Bu tanıma faaliyeti sürekli olarak ve meslek edinerek yürütme unsurunun da eklenmesi gerekmektedir (Bank.K m. 12/I, 60/I). İsviçre ve Alman bankacılık mevzuatında da bu husus açık şekilde öngörülmüştür.

⁵³ Beck u.a. Band I, § 1, Rn. 37

⁵⁴ Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi tarafından kabul edilen 2000/12/EEC sayılı direktif, 1. maddesinde terminolojik olarak "banka" kavramı yerine "kredi kurumu" kavramını tercih ederek bir bankayı, "*kendi adına ve hesabına, halktan geri ödemek kaydıyla mevduat ve başka fonlar toplayan ve kredi açan bir işletme veya firma anlamına gelir*" şeklinde tanımlamıştır.

⁵⁵ Birsell, s. 628

Bankacılık Kanunu'nda "banka" tabiri özel olarak himaye edilmektedir ve bu ibarenin kullanılması diğer kişi ve kuruluşlara yasaklanmıştır. Banka olarak nitelendirilemeyen kuruluşlar bakımından banka terimi hakkında özel koruma hükmüne yer verilmiş ve kullanımı bakımından tekel oluşturulmuştur (Bank.K m.150/II). Keza banka niteliği taşımakla birlikte, kanunun sıkı denetleyici normlarından kaçınmak isteyen kurumlar de cezai yaptırımlarla kontrol altına alınmaya çalışılmaktadır (Bank.K m.150/I). Kanun koyucu tarafından özel olarak korunan bankacılık faaliyetlerinde bulunabilmek için devletin özel izni gerektiğinden (Bank.K m. 6,10), banka kavramının tanımında faaliyetlerinin bir imtiyaz teşkil etmesi de bir unsur olarak kabul edilmelidir.

Faaliyet konusu kadar etkili olmasa da, banka kavramının somutlaştırılmasında belirleyici olan bir diğer unsur, bu müesseselerin organizasyon şekliinden kaynaklanmaktadır. Türk hukuku bakımından bankaların kuruluşunda organizasyon seçimi serbestisi esas 7129 sayılı Bankalar Kanunu ile terk edilmiş ve bankaların anonim şirket şeklinde organize olması zorunluluğuna yer verilmiştir (Bank.K m. 7/I,a).

2. Öğreti

Banka kavramı hakkında öğretilerde farklı tanımlara yer verilmektedir. Tanımlarda birlik bulunmama ile birlikte, genel olarak karşılaştırıldığında, bunlar yasal ve fonksiyonel yaklaşımları birleştirmektedir.

Yasal düzenlemeyi tanım bakımından esas alan görüş, prensip olarak, özel bir banka kanunu ile kuruluş, işleyiş ve faaliyetleri tanzim edilen işletmeyi banka olarak nitelendirmektedir⁵⁶. Ancak özel bir yasaya tabi olmanın, mevzuattaki diğer düzenlemeler gözetilmek suretiyle değerlendirilmesi⁵⁷ ve bu tanımın geliştirilmesi gerektiğine de işaret

⁵⁶ **Tekinalp**, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 1988, s. 8: **Tekinalp**, Ünal, Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 2009, s. 11, kn. 2-03: **Reisoğlu**, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I-II, Ankara, 2007, s. 95,96: **Alıcı**, Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul, 2007, s. 44

⁵⁷ Öğretilerde *Tekinalp* tarafından yapılan ve *Reisoğlu*'nun da iştirak ettiği tanım, bankanın "türi, kuruluşu, faaliyete geçmesi, faaliyeti, mali bünyesi, teşkilatı ve denetimi bankalar kanununda –veya istisnai özel bir kanunda- ve kısmen de merkez bankası kanununda kamu hukuku kuralları ile düzenlenmiş bulunan işletmenin adı" olduğu yönündedir. Tanımda banka hukuku düzenlemelerinin

edilmektedir. Öğretide ayrıca, bu yasal özelliğin yanı sıra kuruluş için özel izin alınmasının, işletmenin banka olarak nitelendirilmesi için gerekli olduğuna vurgu yapılmakta, ancak özel kanunlarla kurulan bankalar kuruluş izni almadığından, iznin bankayı tanımlamak bakımından yetersiz olduğunu savunulmaktadır⁵⁸. Yasal düzenlemeden hareket eden diğer bir görüş ise, banka tanımında, banka adının himayesini esas almaktadır. Buna göre banka adı altında kurulan kuruluşların, banka olarak nitelendirilmesi gerekmektedir⁵⁹.

Banka tanımında yasal düzenlemeden hareket eden görüşler, genellikle banka faaliyetlerine de temas etmekte ve bu fonksiyonel niteliği tanımın bir unsuru olarak dikkate almaktadır. Buna göre banka, başta mevduat kabulü olmak üzere yasada belirtilen bankacılık işlemlerini yapan kuruluştur⁶⁰. Bunun yanında, sadece işletmenin faaliyetlerini esas alan görüşler de bulunmaktadır. Buna göre banka “*sermaye, para ve kredi üzerine her çeşit işlemi yapan ve düzenleyen, özel veya kamusal, gerçek veya tüzel kişilerin, bu konulardaki gereksinmelerini karşılamak üzere çalışan bir ekonomik kuruluştur*”⁶¹. Ancak, banka kavramının hukuki ve iktisadi

kamu hukuku karakterine vurgu yapılmakta ve ilgili kanunların kapsamı, genişletilmektedir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 95,96: **Tekinalp**, (Banka, 1988), s. 8

⁵⁸ Bkz. **Erem**, Faruk/**Altok**, Akın/**Tandoğan**, Halûk; Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara, 1968, s. 12

⁵⁹ **Taşdelen**, Servet, Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara, 2002, s. 59

⁶⁰ **Alıcı**, s. 44: Buna karşın öğretide banka kavramının tanımının oldukça güç olduğuna işaret edilmekte ve faaliyetlerin sayılması suretiyle tanımın isabetli olmadığı dile getirilmektedir. Bkz. **Vural**, Güven; Türk Banka Hukuku, Ankara, 1991, s. 3: Yabancı devletler mevzuatlarında yer alan tanımları inceleyen bazı yazarlar, bu tanımlarda belli bazı faaliyetlerin esas alındığını, faaliyetin sürekliliğinin, meslek şeklinde yürütülmesinin ve özel bir kanuna tabi olmanın bankaların öne çıkan vasıfları olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Erem/Altok/Tandoğan**, s. 2

⁶¹ **Eyüpgiller**, Servet, Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara, 1981, s. 2: Bu tanım, kısmen Amerikan hukukunda bankalar hakkında yapılacak tanımda fonksiyonu merkeze alan yaklaşıma uygundur. Nitekim bu hukuk çevresinde bankaların iktisadi fonksiyonuna göre tanımlandığı da görülmektedir. Bu kapsamda bankalar, “*ekonomide en geniş ölçüde finansal hizmetleri (özellikle kredi, tasarruf ve ödeme hizmetleri) sunan ve en geniş ölçüde finansal işlevi yerine getiren finansal kuruluşlar*” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Fischel**, Daniel R./**Rosenfield**, Andrew M./**Stillman**, Robert S.; The Regulation of Banks and Bank Holding Companies, Va. L. Rev. Vol. 73, N. 2, March 1987, (301-338) s. 307: **Rose**, Peter, s. 5; Pozitif Hukuk açısından Amerikan hukukunda federe devletlerin kanunlarının yeknesaklaştırılması amacıyla çıkarılan Yeknesak Ticaret Kanunu (*Uniform Commercial Code*) banka kavramı hakkında bir tanıma yer vermektedir. Buna göre banka, *tasarruf bankası, tasarruf ve ödünç birliği, kredi birliği veya trust şirketini kapsayan bankacılık faaliyetiyle meşgul olan kimseyi* ifade etmektedir (UCC. § 4-105- (1)). Federe devlet mevzuatlarında da banka kavramı tanımlanmakta ve bu tanımlarda bankacılık faaliyetlerini esas alan işlevsel yaklaşım tercih edilmektedir. Bu konuda örnek olarak şirketler hukuku sahasında Avrupalı hukukçular tarafından merkez alınan Delaware kanunları incelendiğinde faaliyet esaslı bir tanımın yapıldığı görülmektedir.

boyutlarının bulunduğu nazara alındığında, bu tanımın önemli bir kısmının, bankanın hukuki değil, iktisadi anlamını ortaya koyduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁶².

E. Değerlendirme ve Tanım

Avrupa Birliği'nde olduğu gibi, banka kavramı hakkında uluslararası düzeyde yeknesak tanımların oluşturulmasına yönelik girişimler bulunmakla birlikte⁶³, ortak bir tanımın verilmesi, hatta kavram birliğinin oluşturulması hususunda ciddi sorunlar bulunmaktadır⁶⁴. Bunun nedeni devletlerin finans sistemlerinin piyasa şartlarına göre farklı yapılanmış olması ve her ülkenin kendi sistemine göre düzenleme yapma yolunu tercih etmesidir⁶⁵.

Bankalar hakkındaki yasal düzenlemeler incelendiğinde bu konuda tanım verilmesinin diğer devletlerin hukuk düzenlerinde olduğu gibi, Türk hukuku bakımından da özel bir güçlüğü içermektedir. Çünkü öncelikle bankacılık faaliyeti olarak isimlendirilen faaliyetler oldukça geniş bir yelpazeye yayılmış bulunmaktadır (Bank.K m. 4) ve bu faaliyetler nicelik olarak dinamik yapıdadır. Özel kanunlarla kurulmuş veya özel düzenlemelere tabi bankaların bulunması ve bankaların sınıraşan faaliyetlerde bulunması da tanım vermedeki güçlüğü artırmaktadır.

Tüm bu güçlüklerle rağmen pozitif hukukta banka kapsamında yer alan kuruluşların nitelikleri ve öğretilerdeki görüşlerden hareketle, *"kuruluşundan itibaren özel bir hukuki rejime tabi olmak, faaliyetlerini sürekli"*

Bkz. 5 Del. Code Ann. I,1,§101,3 : *"Bank means every bank and every corporation conducting a banking business of any kind or plan whose principal place of business is in this State, except a national bank"*.

⁶² Bu yöndeki ayırım için bkz. **Alıcı**, s. 44

⁶³ Avrupa Birliğinin 2006/48 sayılı direktifinin 4/I. maddesinde banka yerine kredi kurumu kavramı tercih edilmiş ve bu kavram elektronik para kuruluşlarının yanı sıra *"faaliyeti, haktan mevduat veya başkaca iadesi gereken parayı kabul etmek ve kendi hesabına kredi vermek olan işletme"* şeklinde tanımlanmıştır.

⁶⁴ Bununla birlikte iletişim olanaklarının gelişmesi, şahıs, hizmet ve sermaye dolaşımının artması, yabancı sermayenin teşvikine yönelik düzenlemeler, kısacası sermayenin sınır aşan karakteri devletleri bu konuda asgari müşterekleri tayin noktasında zorlayacak unsurlardır ve üzerinde uzlaşılan tanımların yakın gelecekte ortaya çıkması kaçınılmazdır.

⁶⁵ Mesela Almanya ve İsviçre'de tasarrufların birikimi ve sermayeye dönüşümünde kooperatifler ve tasarruf sandıkları ciddi bir rol oynamasına ve halen bu hukuk çevrelerinde bankacılık piyasasının yapılanmasında önemli bir işleve sahip olmalarına rağmen, Türk hukukunda önce yabancıların ve sonrasında da devletin girişimiyle piyasanın yapılmıştır. Günümüzde ise devlet bu piyasadan tam anlamıyla çekilmeye çalışmaktadır.

olarak ve meslek halinde icra etmek kaydıyla, asli faaliyet konusu kredi kullandırma olan ve türü itibariyle halktan mevduat veya katılma fonu toplamak veya başka şekilde finansman sağlayan işletmeler⁶⁶” banka olarak nitelendirilebileceklerdir.

IV. SORUMLULUK KAVRAMI

Sorumluluk kavramı, terim olarak iki temel anlama sahiptir. Bunlardan ilki, terimin *tabi* manasıdır. Tabi anlamda sorumluluk yetki, görev ya da yükümlülük kavramları ile eşanlamlı olarak kullanılmaktadır⁶⁷. Bankacılık Kanunu’nun 23/IV. 24/VI, 29/II ve 30. maddeleri ile kenar başlığı “sorumluluk” olan 41. maddesi, sorumluluğun tabi anlamda kullanımına örnek gösterilebilir. Anılan maddelerde sorumluluk ibaresi, belirli bir konuda görev, yetki ya da yükümlülüklerin kime ait olduğuna işaret etmektedir. Kavramın bu anlamdaki kullanımı da hukuki nitelik taşımakla birlikte, hukuki açıdan sorumluluk tabiri, daha özel bir kapsama sahiptir.

Hukuki anlamda sorumluluk ise, tazmin yükümlülüğü ve malvarlığına el uzatabilme imkânını karşılayacak şekilde iki farklı kullanıma sahiptir⁶⁸. Bunlara sorumluluğun, borç anlamını da eklemek mümkün olmakla birlikte⁶⁹, borç ile sorumluluk aynı içeriğe sahip değildir⁷⁰.

Sorumluluğun hukuki açıdan önem taşıyan ilk anlamı, zararı tazmin etme yükümlülüğüdür⁷¹. Bu yönüyle sorumluluk, isnat kabiliyetini, yani bir davranışın sonuçlarının ilgili kimseye yüklenilebilmesini de doğal olarak içermektedir⁷². Bir kimsenin haksız fiilden sorumlu olması, bu kimsenin bu zararı tazmin ile yükümlü olmasını ifade eder.

⁶⁶ İşletme organizasyonu bakımından Bankacılık Kanunu’nda öngörülen organizasyon biçimlerine riayet zorunludur.

⁶⁷ Öğretide sorumluluk kavramının bu anlamda kullanımı, günlük dilde sorumluluk olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altop**, Atillâ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 18

⁶⁸ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 18-23

⁶⁹ **Çamoğlu** (Sorumluluk, 2007), s. 9

⁷⁰ Nitekim borcun sorumluluk unsurundan yoksun olması mümkündür.

⁷¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 18

⁷² Bkz. **Çamoğlu** (Sorumluluk, 2007), s. 9

Hukuki açıdan sorumluluk ikinci olarak, bir kimsenin malvarlığına el uzatabilme imkânını ifade eder⁷³. Öğretide bu sorumluluk hali, "...ile sorumluluk" şeklinde de adlandırılmaktadır⁷⁴. Borçlunun malvarlığına el uzatabilme anlamında sorumluluk, sınırlı ve sınırsız sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılmakta; sınırlı sorumluluk da belli bir malvarlığı ile sınırlı sorumluluk ve belli bir konu ile sınırlı sorumluluk olmak üzere kendi içerisinde yeniden ikiye ayrılmaktadır⁷⁵.

Bankacılık Kanunu bakımından banka yönetici ve hakim ortaklarının sorumluluğu, hukuki sorumluluk kavramının ilk anlamı bakımından haksız fiil ve akdi sorumluluğun yarıştığı bir sorumluluğu; ikinci anlamı bakımından sınırsız malvarlığı sorumluluğunu ifade etmektedir. Bu ikinci anlamda sorumluluk, tahakkuk usulü açısından da sınıflandırılabilir. Bu bakımdan hakim ortak ve yöneticilerin sorumluluğu, duruma göre iflas, duruma göre diğer takip yolu ya da yollarıyla gerçekleştirilebilir.

Bankacılık mevzuatında sorumluluk hakkında belirtilen bu ayrımlar yanında "şahsi sorumluluk" ve "mali sorumluluk" olmak üzere ikili bir ayrım daha yapılmaktadır. Ayrıma TMSFTY. m. 40 ve 41'in kenar başlıklarında yer verilmeyle birlikte, bu kavramların neyi ifade ettiği ve aralarındaki farkın neler olduğunu ortaya koyacak kriterlerin bulunmamaktadır. Her iki sorumluluk halinin de yöneticilerin malvarlıksal sorumluluğuna yöneliktir ve sadece sorumluluğun tahakkuk usulleri arasında farkın bulunmaktadır.

Ş 2. BANKALARDA YÖNETİCİ VE HAKİM ORTAKLARA İLİŞKİN SORUMLULUK ESASLARININ TÜRK HUKUKUNDA TARİHİ GELİŞİMİ

I. GENEL OLARAK

Ülkemizde bankacılık hukuku, batılı devletlerle karşılaştırıldığında göreceli olarak gelişimini daha geç tamamlamış ve bu alanda ihtiyaçların

⁷³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 20: Çamoğlu (Sorumluluk, 2007), s. 10

⁷⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 21

⁷⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 21 vd.; Çamoğlu (Sorumluluk, 2007), s. 10 vd.

ortaya çıkardığı yasal düzenleme yerine, gelişmiş ülkelerdeki bankacılık esaslarının iktibası yoluna gidilmiştir⁷⁶.

Mevcut durum geniş ölçüde dini gerekçelere dayansa da, tek başına dini esaslarla açıklanabilecek nitelikte değildir. İslam hukukunun getirmiş olduğu faiz yasağının yanı sıra, Osmanlı İmparatorluğu'nun yönetim yapısının tafsilatlı yasal düzenlemelere uygun olmayışı, imparatorluğun ticari, ekonomik ve teknolojik alanlardaki gelişmelere uyum sağlayamaması, doğal olarak finansal destek gerektiren büyük müteşebbis kesimin gelişmesini de engellemiştir. Bankacılık faaliyetleri büyük sermaye ihtiyacı duyan ve bunu karşılamak için halktan toplanan parayla finansman sağlayan kurumların varlığını gerektirdiğinden, sonuçta para piyasalarındaki gelişmelere uygun yasal düzenlemelerin oluşmasında batılı devletlere nazaran geride kalmıştır.

Banka yönetici ve ortaklarının hukuki sorumluluğuna ilişkin tarihi gelişim süreci ise oldukça hızlı işlemiştir. Yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin esaslar doğal olarak mevcut bir bankacılık mevzuatının bulunmasını gerektirmekle birlikte, hukukumuzda yetkin bankacılık kanunu olarak nitelenebilecek ilk temel düzenlemelerde yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin esaslara yer verilmiştir.

1852 yılında yürürlüğe konulup 1984'e kadar yürürlükte kalan murahaba nizamnamesi⁷⁷ faiz sınırlarını saptaması yönüyle bankacılık sahasındaki önemli düzenlemelerden sayılsa da⁷⁸, banka yönetici ve ortaklarının hukuki sorumluluğuna ilişkin esaslar Cumhuriyet sonrası düzenlemelerde yer alır.

⁷⁶ Bkz. 7129 s. K. gerekçesi. **Taşcıoğlu**, Abdullah, Cumhuriyet Dönemi Banka Kanunları ve İlgili Yasal Düzenlemeler, Ankara, 1998, s. 42

⁷⁷ 3095 s. K. : KT. 04/12/1984, RG. 19/12/1984 T. 18610Sa.

⁷⁸ **İmregün**, Oğuz, Bankalarda Özvarlık Kavramı, Avrupa Topluluğunda Banka Hukuku, Ankara, 1991,s.199

II. CUMHURİYET SONRASINDA

A. 2243 Sayılı Mevduatı Koruma Kanunu

Yirmibeş maddeden oluşan Mevduatı Koruma Kanunu^{*79} cumhuriyet sonrası Türk hukukunun ilk bankacılık kanunudur⁸⁰. Adı her ne kadar mevduatla⁸¹ sınırlı olsa da, kanunla ülke ekonomisi ve ticari hayatı için son derece önem taşıyan tasarruflarla tasarruf sahiplerinin korunması ve genel hükümler dışında denetime tabi olmayan bankalar hakkında özel hükümlerin sevk edilmesi hedeflenmiştir⁸². Kanunun yapılmasında 1929 yılında baş gösteren dünya ekonomik buhranı⁸³ önemli bir gerekçe olarak kabul edilmektedir⁸⁴.

Mevduatı Koruma Kanunu hukukumuzdaki ilk banka kanunu olması nedeniyle, bankacılık sahasında ihtiyaç duyulan temel kurumlara ilişkin esasları içermekte olup, banka yönetici ve ortaklarının hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümlere yer verilmemiş, bu husus genel hükümlere bırakılmıştır.

B. 2999 Sayılı Bankalar Kanunu

2999 sayılı Bankalar Kanunu⁸⁵ cumhuriyet dönemi ikinci banka kanunu olarak ilkinde nazaran daha kapsamlı düzenlemeler içermektedir. Bu

* Tez metninde geçen 3182 sayılı Kanuna kadar olan cumhuriyet dönemi banka mevzuatı ve gerekçelerine **Taşcıoğlu**, Abdullah, Cumhuriyet Dönemi Banka Kanunları ve İlgili Yasal Düzenlemeler, Ankara, 1998 isimli eserden ulaşılmıştır.

⁷⁹ RG. 05.06.1933 T., 2419 s. KT: 30.05.1933

⁸⁰ **İmregün** (1991), 200, **Reisoğlu**, Seza, Bankalar Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Kavramlar, Ankara, 2002, s. 3

⁸¹ Banka ya da bankacılık kanunlarında asli gaye öğretide iki başlık altında toplanmakta, bunlardan biri mevduatı himaye, diğeri ise kredilerin yönlendirilmesi olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Birsel**, s. 628 vd., Mevduatı Koruma Kanunu, isminden anlaşıldığı üzere, ağırlığı mevduatı korumaya dair hükümlere yöneltse de, öğretide banka kanunu olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 7

⁸² 2243 sayılı tasarrufu koruma kanun layihası hakkında esbabı mucibe, 4. Dönem TBMM Zabıt Ceridesi, sıra sayısı: 239

⁸³ Ekonomik buhran, yöneticilerin sorumluluğundan ziyade, tüm dünyada öncelikli olarak genel hükümler dahilinde yürütülen bankacılık faaliyetlerinin belli bir düzen altına alınmasını sağlayacak pozitif düzenlemelerin oluşturulmasına yol açmış, yöneticilerin sorumluluğu meselesi Türk kanun koyucusunun özel olarak ilgisini çekmiştir.

⁸⁴ **İmregün** (1991), s. 200: Nitekim dünya genelinde bankaların gözetimine ilişkin olarak 1929-1935 tarihleri arasında ciddi bir kanunlaştırma hareketi bulunmaktadır. Bu kanun metinlerine ilişkin olarak Bkz. **Zahn**, s. 3 vd.

⁸⁵ KT: 01.06.1936, RG: 09.06.1936 T. ve 3325Sa..

kanunda, banka yöneticilerinin sorumluluğuna ilişkin ilk kez özel bir hükme yer verilmiştir. Ortakların hukuki sorumluluğuna ilişkin ayrı bir düzenlemeye yer verilmese de, kanunun 62. maddesinde düzenlenen yönetici sorumluluğuna ilişkin hüküm uyarınca, bir bankanın idare meclisi, idare komitesi reis ve azaları ile imzaları ile bankayı ilzam eden müdür ve memurların doğan zarardan dolayı hukuken sorumludur. Kanun sorumluluğu talep edebilecek olanları maliye ve iktisat vekillikleri olarak belirlemiştir. Şartların gerçekleşmesi halinde yöneticilerin İİK. hükümleri⁸⁶ uyarınca iflas yoluyla sorumluluğu gerçekleştirebilecektir. Kanunla, Türk hukukunda istisnai bir takip ve tasfiye usulü olarak kabul edilen iflas, banka yöneticileri için de uygulanabilir hale gelmiştir.

C. 7129 Sayılı Bankalar Kanunu

7129 sayılı Kanunla⁸⁷ bankaların anonim şirket şeklinde kurulması zorunluluğu getirilmiştir (7129 s.K. m. 3). Anonim şirket, küçük tasarrufları bir araya getirmek açısından, en elverişli organizasyon yapısına sahiptir⁸⁸ ve anonim şirket ticari işletmesini ve anonim şirket ekonomik varlığını koruyucu hükümler Ticaret Kanunu'nda bulunmaktadır. Nitekim kanunun yürürlüğe girdiği dönem itibarıyla, ülkemizdeki hemen tüm bankalar fiilen anonim şirket şeklinde kurulmuştur⁸⁹.

Kanunun 78. maddesinde ve iflasın mesulleri başlığı altında banka yöneticilerinin sorumluluğuna ilişkin esaslara yer verilmiştir. Maddeye göre; *“Bir bankanın iflası halinde o bankanın idare meclisi, idare komitesi reisi ve azaları ile umum müdür, muavinleri, müdür ve imzaları ile bankayı ilzam eden memurlarının bu kanuna aykırı hareketleri iflasa sebep olmuş ise Maliye Vekaletinin talebi üzerine gerekirse bunların şahsen iflasına mahkemece karar verilebilir. Ve haklarında İcra ve İflas Kanununun 5, 6 ve 7 nci babları hükümleri tatbik olunur.”*

⁸⁶ Kanunda her ne kadar İİK.'nin 5,6 ve 7. bablarına göre iflas yoluna gidileceği belirtilmişse de 5. bab rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe ilişkin olup, doğrusu 6, 7 ve 8. bab olarak anlaşılmalıdır. Bkz. Erem/Altıok/Tandoğan, s. 304

⁸⁷ KT. 23.06.1958, RG. 02.07.1958 T., 9944Sa.

⁸⁸ Ünal, Oğuz Kürşat, Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara, 2005, s. 256

⁸⁹ 7129 sayılı Bankalar Kanunu Gerekçesi, XI. Devre TBMM Zabıt Ceridesi, sıra sayısı 121

İflasın mesulleri başlığını taşıyan 78. madde her ne kadar kanunun “Cezai Hükümler” faslında düzenlenmişse de, burada esasen hukuki sorumluluğun düzenlendiği kabul edilmelidir. Bahsi geçen madde, yürürlükten kalkan 2999 sayılı Kanun’un “Mesuliyet ve Ceza” üstbaşlıklı VIII. Fası içerisinde yer almaktadır. Hukuki mahiyeti itibarıyla cezai sorumlulukla ilgili bulunmayan iflasın, yeni kanunla cezai nitelik kazandığının kabulünü gerektirecek bir değişiklik bulunmaması yanında, öğretide de maddenin hukuki sorumluluk kapsamında yer aldığı kabul edilmektedir⁹⁰.

D. 70 Sayılı KHK ve 3182 Sayılı Kanun

70 sayılı KHK⁹¹ ile tüzel kişiliğe sahip, TCMB tarafından idare ve temsil olunan TMSF kurulmuştur. Kararname tasarruf mevduatının fon tarafından sigortalanması zorunluluğu getirmekte ve buna dair esasları düzenlemektedir. Söz konusu esaslardan biri de belli bazı banka görevlilerinin sorumluluğudur.

Kararnamenin 68. maddesi “*şahsi sorumluluk*” başlığını taşımakta ve “*bir bankanın ortakları, yönetim kurulu ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları, müdürleri ve imzalarıyla bankayı ilzam eden memurları kanuna aykırı karar ve işlemleri ile bankanın iflasına veya hakkında 63’üncü maddenin 3 ve 4’üncü fıkralarının uygulanmasına sebep olmuşlarsa, maliye bakanının talebi üzerine, bunların şahsen iflaslarına mahkemece karar verilebilir. 63’üncü maddenin uygulandığı hallerde bunların şahsi sorumluluğu, çıkarılacak ara karar veya devir bilançolarına göre tayin olunur.*” hükmünü içermektedir.

Maddede ilgililerin iflası bakımından, bankanın iflası ön şartı, tek neden olmaktan çıkarılmış ve maddede zikredilenlerin, kanunun 63. maddesinin uygulanmasına sebebiyet vermeleri sorumluluklarını gerektirir bir neden olarak kabul edilmiştir. Bu değişimin temelinde bankaların iflasından

⁹⁰ Eyüpgiller, s. 212,213; Ulutan, Burhan, Bankalar Kanunu Şerh ve İzahı, Ankara, 1958 s. 255

⁹¹ KHK’nın 92. Maddesi ile 7129 sayılı Bankalar Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. RG. 22.07.1983 T., 18112 (2.mük.) Sa.

önce birtakım tedbirlerin uygulanmasıyla iflasın önüne geçilmek istenilmesi yatmaktadır⁹².

Madde ile sadece banka görevlileri değil, aynı zamanda banka ortakları bakımından da sorumluluk esaslarına yer verilmektedir. Ayrıca 7129 sayılı Kanun'da "bu kanuna aykırı hareket" hukuka aykırılık unsuru olarak aranırken, kararnamede kanuna aykırı karar ve işlemler sorumluluk sebebi olarak kabul edilmiştir.

3182 sayılı Kanun⁹³ ise, 69. maddesinde banka görevlilerinin sorumluluğuna ilişkin esaslara yer vermiştir. Madde ile sorumlu olabilecek ortaklar bakımından getirilen limite tüm ortakların iflas tehtidinden kurtarılması sağlanmış ve kanuni faraziye ile %10'un altında hisse sahibi olan ortakların bankanın iflası ve banka hakkında mali tedbirlerin uygulanmasında etkili olmayacağı kabul edilmiştir.

3182 sayılı Kanun'da günün ihtiyaçlarına göre çeşitli dönemlerde değişiklikler yapılmakla birlikte sorumluluk hukuku bakımından önem taşıyan değişiklikler, 512⁹⁴ ve 538⁹⁵ sayılı KHK'lar ile yapılan değişikliklerdir.

512 sayılı KHK'nın 32. maddesiyle 3182 sayılı kanunun şahsi sorumluluğa ilişkin 69. maddesinin 1. fıkrası değiştirilmiş ve "*Bir bankanın %10 hissesinden fazlasına sahip olan ortakları, yönetim kurulu ve kredi komitesi başkan ve üyeleriyle, genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imzaları bankayı ilzam eden memurları kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında 68 inci maddenin uygulanmasına sebep olmuşlarsa, bakanın talebi üzerine bunların şahsi sorumlulukları cihetine gidilerek, şahsen iflaslarına mahkemece karar verilebilir.*" hükmü getirilmiştir⁹⁶.

538 sayılı KHK'nın 33. maddesiyle 3182 sayılı kanunun 69. maddesinin 1 ve 2. fıkraları değişmiş yeni düzenleme ile sorumluluğuna

⁹² Bkz. 70 sayılı KHK Gerekçesi, 17. Dönem TBMM Zabıt Ceridesi, sıra sayısı: 276

⁹³ KT. 24.04.1985, RG. 02.05.1985 T., 18742 Sa.

⁹⁴ RG. 16. 09.1993 T. ve 21700 Sa.

⁹⁵ RG. 16. 06.1994 T. ve 21968 Sa.

⁹⁶ 512 sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin KHK'nın Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmış ve AYM Sözkonusu KHK' nın dayanağı olan yetki kanununun iptal edilmiş olması (AYM 16.09.1993 T., 1993/26 E., 1993/28 K. Sayılı ilamı) nedeniyle anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir (AYM 25.11.1993 T., 1993/46 E., 1993/48 K. sayılı ilamı). Doğan boşluğun giderilmesi amacıyla 538 sayılı KHK çıkarılmıştır.

gidilebilecek ortaklar bakımından değişiklik yapılarak, %10 limitinin doğurabileceği sakıncalar, ortaklık limiti azaltılmak suretiyle giderilmeye çalışılmıştır.

538 sayılı KHK' nin öngördüğü sorumluluk esasları bakımından da kararnamenin sorumluluğa ilişkin hükümleri olan 32 ve 33. maddelerin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile bahsi geçen maddelerin iptali talep edilmiş ve yetki kanununun iptali ve sair gerekçelerle 3182 sayılı Kanun'un 69. maddesinin her üç fıkrası AYM tarafından iptal edilmiştir⁹⁷.

E. 4389 Sayılı Kanun

3182 sayılı Kanun'u değiştiren KHK'ların yetki yasalarının AYM tarafından iptal edilmesi, 512 sayılı KHK' nin iptali ve 538 sayılı KHK'nin diğer hükümlerinin açılacak iptal davaları vasıtasıyla iptal tehtidi altında bulunması nedeniyle hükümet yeni bankalar kanununu hızla meclisten geçirecek tedbirleri almış ve kanunlaşma süreci tamamlanmıştır⁹⁸. Bu nedenle 4389 sayılı Kanun⁹⁹ hükümlerinde yasa yapım tekniğine uymayan aksaklıklar, sistematik hatalar ve birden çok maddede düzenlenecek esasların tek bir maddeye sığdırılmış olması gibi eksiklikler bulunmaktadır¹⁰⁰.

Banka görevlileri ve ortaklarının sorumluluğuna ilişkin esaslar kanununun 17. maddesine¹⁰¹ düzenlenmiş olup, madde ile bankanın iflasına bağlı ve bundan bağımsız olarak iflasları istenebilecek sorumlular hakkında ikili bir ayırım yapılmaktadır.

Sorumluluğun pasif unsurlarından olan banka ortakları bakımından, kanuna aykırı karar ve işlemler, *“bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklara*

⁹⁷ AYM 09.11.1995 T., 1995/53 E., 1995/57 K. sayılı ilamı. RG: 18/11/1995 T., 22467 Sa.

⁹⁸ **Reisoğlu**, s. 13

⁹⁹ KT. 18.06.1999, RG: 23.06.1999 T., 23734 Sa.

¹⁰⁰ **Reisoğlu**, s. 10, 11

¹⁰¹ 5411 sayılı kanunun geçici 11. maddesi uyarınca “5411 sayılı Kanunun yayımı tarihinden önce, 26/12/2003 tarihine kadar temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilişkili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılarak tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bankalar hakkında başlatılan işlemler sonuçlanıncaya ve her türlü Fon alacakları tahsil edilinceye kadar 5411 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Kanununun 14, 15, 15/a, 16, 17, 17/a ve 18 inci maddeleri, ek 1, 2, 3, 4, 5 ve 6 ncı maddeleri ile geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.”

menfaat temini amacıyla yapıldığı” takdirde, bu ortakların da şahsi iflaslarının istenebileceği öngörülmektedir.

İflası talebe yetkili olan kimse bakımından, maliye bakanlığına ait olan iflası talep yetkisi bu bakanlıktan alınarak, Kurul kararı ve fonun talebiyle iflas kararı verileceği hüküm altına alınmıştır.

F. 5411 Sayılı Kanun

Yürürlükteki 5411 Sayılı Kanun¹⁰² “Faaliyet İzni Kaldırılan ve Fona Devredilen Bankalara İlişkin Hükümler” başlıklı on birinci kısmında, banka ortak ve görevlilerinin şahsi sorumluluğunu düzenleyen hükme yer vermektedir.

Kanunun şahsi sorumluluk maddesi olan 110. maddesinde sorumluluğun pasif unsurunu oluşturan kimselerin sayılması ve tanımlanması yoluna gidilmemiş, bu kimselerin sayımı, tanımların yer aldığı maddede (Bank.K m. 3) yapılmış ve sorumlular yönetici ve hakim ortak olarak sistemli bir şekilde ifade edilmiştir. İflası talep ve takip edecek mercii olarak fonun yetkisi açık biçimde ifade edilmiş, hangi miktar bakımından fonun, hangi miktar bakımından bankaların alacaktan istifade edeceği tayin edilmiştir.

Maddede hukuka aykırılık unsuru, yine kanuna aykırılık olarak ifade edilmiştir. Kanuna aykırı işlem ve kararların alınması sorumluluğu gerektiren bir neden olarak kabul edilmiştir. Ancak sorumluluğun doğması için belirtilen işlemlerin kanunun 71. maddesinin uygulanmasına sebebiyet vermesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, kanuna aykırı işlem ve kararlar sonucunda faaliyet izni kaldırılmalı ya da yönetim ve denetimi fona devredilmelidir.

Normun gayesi bakımından, esas itibariyle ilgililerin hukuki sorumluluğunu gerçekleştirmekten öte bir hedefin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Zira sorumluluk, iflas usulü uygulanmaksızın da gerçekleşebilecekken, özel olarak iflas yoluyla zararın tazmini sağlanmaktadır. İflasdan beklenen tabii faydalar, özellikle yöneticilerin iflas yoluyla sorumluluklarına gidilmesinde sağlanamamaktadır. Çünkü özellikle yöneticiler, piyasada sermaye bağlantıları nedeniyle borçlarının külliye

¹⁰² KT: 19.10.2005, RG: 01.11.2005 T., 25983 Mük. Sa.

tasfiye edilmesinde yarar bulunan kimselerden değildir. İflasda piyasanın işleyişini bozan bir girişimcinin, diğer girişimcilere zarar vermemesi ve diğer girişimcilerin mümkün olan en az zararla alacaklarını elde etmeleri hedefi bulunur. Bu sorumluluk hali için böyle bir gayenin bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

G. Değerlendirme

Tarihi gelişim süreci içerisinde, sorumluluk hukuku bakımından yapılan her yeni düzenlemede, önceki yasadaki eksiklikleri ve uygulamanın ihtiyaçlarını karşılama eğilimiyle normların kaleme alındığı görülmektedir.

Sorumluluğun pasif unsuru bakımından kapsam, tarihi gelişime paralel biçimde sürekli genişlemektedir. Özellikle hakim ortakların sorumluluğuna ilişkin esaslara kanunda yer verilmesi, bankalarda fiili organların hukuki sorumluluklarının yasal bir düzenleme ile hüküm altına alınması bakımından önem taşımaktadır. Anonim şirketler hukukunda eksikliği hissedilen yasal boşluğun, bankalar bakımından giderilmiş olması hukuken isabetli bir çözüm yoludur.

Sorumlulukta davacı sıfatı bakımından da tarihi gelişim sürecinde uzman birimler oluşturulmak suretiyle zararların tazminine olanak sağlanmıştır. Başlangıçta iki bakanlığın koordineli çalışması sonucu gerçekleşebilen şahsi sorumluluk, zamanla tek bakanlık, akabinde uzmanlaşmış iki kurul ve son olarak tek kurul tarafından talep edilmektedir.

Kurumsal uzmanlaşmanın yanı sıra, yasal hükümlerin uygulamanın ihtiyaçlarına göre şekillenmiş, grift ve teferruatlı hükümlere yer verilmiştir. Sorumluluğun gerektiren sebebin zamanla kapsamı genişlemiştir. Başlangıçta sadece bankanın iflasına sebebiyet vermek sorumluluk nedeni iken, zamanla banka iflas etmese bile belirli durumların gerçekleşmesi, ilgililerin sorumluluğunu gerektiren bir neden olarak kabul edilmiştir.

II. BÖLÜM

BANKALARIN YÖNETİM ORGANİZASYONU VE SORUMLULUĞUN TARAFLARI

Ş 3. BANKALARIN YÖNETİM ORGANİZASYONU

I. YÖNETİM ORGANİZASYONUNUN HUKUKİ TEMELLERİ

A. Genel Olarak

Bankalar da diğer işletmeler gibi mevcut insan ve mali kaynaklarını belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere bir organizasyon¹⁰³ bünyesinde harekete geçirir¹⁰⁴. Bu amacın gerçekleşmesi bakımından bankaların yöneticileri ve yönetim organizasyonu yol gösterici bir işleve sahiptir.

Yönetimde görevli ve yetkili olanlar bakımından pozitif hukukun zorunlu bir organizasyon yapısına yer vermesi, bankanın tüzel kişi olmasının bir gereği ve sonucudur (Bank.K m. 23 vd.; TTK m. 312 vd.; TMK m. 49 vd.). Ancak bankaların yönetim organizasyonunun hukuk kuralları aracılığıyla kesin olarak belirlenmesi ve en alt derecede yönetim birimine kadar görev ve yetki dağılımının tayin edilmesi pratik açıdan ne uygun ne de mümkündür. Çünkü gelişen ve değişen iktisadi ve sosyal koşullar, yasal sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla, her an farklı bir yapılanma oluşturulmasını gerektirebilir¹⁰⁵. Tıpkı diğer anonim şirketlerde olduğu gibi, bankaların yönetim organizasyonu bakımından da esneklik (*organisatorische Flexibilität*) prensibi caridir¹⁰⁶.

Organizasyon esnekliğinin hukukumuzdaki sınırını ilkin Bankacılık Kanunu çizer. Bankacılık Kanunu, bankaların yönetim organizasyonuna ilişkin temel düzenlemeleri içermekte¹⁰⁷, yönetimin organizasyonuna ilişkin

¹⁰³ “Organizasyon” kavramı etimolojik olarak Latince *ergon* teriminden türetilmiştir. Bu terimden de bir bütünün parçası anlamına gelen *organon*, ondan da *organum* ve *organisatio* türetilmiştir. **Stöckli**, Beat, Die Organisation von Banken, Zürich - Basel – Genf, 2008, s. 9

¹⁰⁴ **Roussakiss**, Emmanuel N., Commercial Banking in an Era of Deregulation, Westport, 1997, s. 85

¹⁰⁵ **İseli**, s. 53

¹⁰⁶ **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 29, N 10 ff.

¹⁰⁷ Bkz. Bank.K III. Kısım. Bankaların yönetim organizasyonuna ilişkin temel esaslar bu kısımda bulunmakla birlikte, yer yer başkaca kısımlarda da oranizasyona ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

temel esasları ortaya koymakta, bunun içeriğinin doldurulması bakımından ise genel hüküm niteliğini taşıyan TTK hükümlerinden yararlanma imkânını sağlamaktadır.

Organların işlevinin belirlenmesi, organların yetkilerinin paylaşılmasına ilişkin benimsenen sistem¹⁰⁸ ve bunun kanuna yansımaları suretiyle şekillenen yönetim organizasyonu, yorum yoluyla oluşturulan bazı ilke ve esaslarla da sınırlandırılabilir¹⁰⁹.

B. Bankacılık Kanunu

1. Kanunun İşlevi

Türk bankacılık mevzuatında 70 sayılı KHK döneminden bu yana bankalara ilişkin kanunlarda amaç maddesine yer verilerek kanunlara yön verilmekte ve kanunların işlevi somut bir şekilde ortaya konulmaktadır¹¹⁰.

Yürürlükteki Bankacılık Kanunu'nda bu amaç "*finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması*" şeklinde ifade edilmektedir (Bank.K m. 1).

Kanunda zikredilen bu amaç sistematize edildiğinde, Bankacılık Kanunu'nun işlevleri, tasarruf sahiplerini ve fonksiyonu koruma başlıkları altında sınıflandırılabilir. Fonksiyon koruma olarak ifade olunan işlev, kendi içerisinde sistemin ve güvenin korunması olarak iki alt başlık içinde incelenebilir¹¹¹.

Sistem koruma işlevi para piyasalarına ve geniş anlamıyla mali piyasalara hitabetmekte olup, tüm finans sisteminin sağlam bir yapıya sahip olmasını ve etkin bir şekilde işleyişini temin eder. Güven koruma işlevi ise, ulusal ya da uluslararası düzeyde piyasa aktörlerinin tamamının, bankaların

Kanunun dördüncü kısmında bankanın yönetim yapılanmasına ilişkin esaslara yer verilmiş olması, buna örnek gösterilebilir.

¹⁰⁸ *Omnipotenz theorie, Paritäts- ve Führungsprinzip* olarak isimlendirilen genel kurul ile yönetim kurulu arasında yetki paylaşımına ilişkin sistemler hakkında Bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 20, N 9; **Tekil**, s. 142 vd.

¹⁰⁹ Bu konuda Bkz. Bölüm I, § 3'de yer alan açıklamalar.

¹¹⁰ **Turanboy**, Asuman, Halka Açık Banka ve Hissedarının Korunması, Ankara, 2002, s. 8

¹¹¹ Bir amaç maddesi içermeyen İsviçre Bankalar Kanunu'nun aynı amaçlara hizmet ettiği yönünde Bkz. **Iseli**, s. 19

faaliyetlerindeki eşgüdüme, dürüstlüğe ve bankaların itibarına güven duymalarını ifade eder¹¹².

Bankacılık Kanunu, kamu hukuku ve özel hukuk normu karakterine sahip düzenlemeleriyle bahsolunan işlevleri yerine getirmektedir¹¹³. Bu normlar tetkik edildiğinde, tasarruf sahiplerini ve fonksiyonu korumaya yönelik normların bir bütün teşkil ettiği, başka bir ifadeyle bu koruma amaçlarından biri için öngörülen normun aynı zamanda doğrudan ya da dolaylı olarak diğerine hizmet ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.

2. Bankacılık Kanunu'nun Öngördüğü Organizasyon Yapısı

Banka yönetiminin yapılanmasında kanun koyucu bankanın işlevlerini etkin bir şekilde yerine getirmesi bakımından iç kontrol sistemi, iç denetim sistemi gibi özel bazı yönetim birimlerine yer vermiştir. Bu durum bir yandan bankanın faaliyetlerini verimli ve kontrollü bir şekilde icra etmesinin sağlanması, diğer yandan bankaların sahip olduğu özel ekonomik önemle açıklanabilir. Bankaların faaliyetleri tek başına ortaklarını, yöneticilerini ya da yatırımcılarını değil, aynı zamanda bir bütün olarak ekonomiyi ilgilendirmekte ve olumsuz gelişmelerin mevcudiyeti halinde, bankanın mali durumunun bozulması bir çığ etkisi göstererek bütün ekonomiyi kapsayabilmektedir¹¹⁴. Bu nedenle bankalar üzerinde kamu otoritelerinin ciddi gözetiminin yanı sıra, banka dahilinde de etkin gözetim tedbirlerine müracaat etmek gerekmektedir. Gözetimin, banka yönetimin önemli bir parçası olduğuna vurgu yapan modern anlayışa uygun olarak, Bankacılık Kanunu'nda da yönetimin buna uygun yapılanmasına ilişkin tedbirlere yer verilmiş ve yönetim kavramı, banka gözetim hukukunun müdahalesine açık hale getirilmiştir. Böyle bir müdahale, alacaklıların, sistemin ve güvenin korunmasını amaçlayan Bankacılık Kanunu'nun birinci maddesi ile de ahenk içindedir.

Ancak banka yönetim yapısının yoruma yer vermeyecek açıklıkta oluşturulmaması, mevzuatta dağınık hükümlerde organizasyona ilişkin

¹¹² Iseli, s. 19

¹¹³ Turanboy, s. 6. Bankacılık kurallarının özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Turanboy, s. 6 vd.

¹¹⁴ Stöckli, s. 8

esaslara ve genel müdür gibi Ticaret Kanunu'nda rastlanılmayan yönetici türlerine yer verilmesi, yönetici kavramı kapsamında mütala olunan kimselerin görev ve yetki sınırlarının belirsiz bırakılması Bankacılık Kanunu'ndaki düzenlemenin eleştiriye açık yönleridir.

C. Türk Ticaret Kanunu

1. Kanunun İşlevi

İsviçre-Türk hukukunda anonim şirketlerin amacı, uzun yıllardan beri yargısal içtihatların üzerinde durduğu bir konudur ve 1881 tarihli OR'un yürürlükte olduğu dönemden bu yana içtihatlar anonim şirketler hukukunun öncelikli amacının, bir tüzel kişilik olarak anonim şirketi ve onun iktisadi işletmesini korumak olduğu hususunda yerleşik bir hal almıştır¹¹⁵. Geniş yedek akçe ayırma ve sınırlı kar dağıtımını imkânı, pay sahiplerinin bilgi alma hakkının sınırlı olması, önemli bazı imkânların kullanılması bakımından azlık adı verilen belli oranda paya sahip olma zorunluluğunun bulunması, sorumluluk davası sonucunda tazminatın kural olarak şirkete ödenmesi, sermayenin korunması ilkesi gibi düzenlemeler esas itibarıyla şirketin iktisadi yapısını güçlü tutmaya yönelik tedbirlerdir.

İşlevin şirket menfaatlerine yönelmesi ve geniş faaliyet sahası, bu şirketin, yönetim organizasyonu bakımından da önemli bir sonucu doğurmaktadır. Şirket, faaliyetlerini gerçekleştirmek bakımından, kanunun öngördüğü zorunlu organizasyon yapısını oluşturarak, yönetimin gerektirdiği ihtiyaca göre serbest biçimde yapılanma yoluna gidebilecektir¹¹⁶.

2. TTK'nın Öngördüğü Organizasyon Yapısı

Bankaların anonim şirket şeklinde kurulması zorunluluğunun (Bank.K m. 7/1,a) bulunması, banka yönetiminin yapılanması bakımından TTK hükümlerinin uygulanmasına olanak sağlamaktadır (Bank.K m. 2/son).

¹¹⁵ Iseli, s. 12,13 ve orada zikredilen mahkeme kararları.

¹¹⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 29, N 5 ff.

Türk Ticaret Kanunu, Bankacılık Kanunu'ndan farklı olarak "yönetici" gibi kapsamlı bir kavramsal tercihte bulunmamaktadır¹¹⁷ ve yönetim kurulunu esas almak suretiyle yönetim organizasyonunu düzenlemektedir. Yönetim kurulu anonim şirketler hukukunda şirketin idaresi ve idarenin yapılandırılması hususunda ana yetkiye sahip organı ifade etmektedir. Gerçi bu yetkisini bazen genel kurulun ya da esas sözleşmenin müdahalesi ya da izin vermesi suretiyle kullanmaktadır, ancak bu durum şirketin yönetimindeki asli yetkisini ortadan kaldıracak mahiyette değildir.

TTK, yönetim organizasyonuna ilişkin olarak yönetim kurulunun yanında yetkilerin bölünmesine, murahhas tayinine, müdür atanmasına, komisyonlar oluşturulmasına ilişkin hükümleri içermektedir. Bu hükümler, yönetimin yapılandırılması konusunda geniş esneklik sağlamaktadır.

II. BANKACILIK KANUNU VE TÜRK TİCARET KANUNU NORMLARININ İLİŞKİSİ

Bankacılık kanununda yönetim bakımından klasik anonim ortaklıklara benzer ve onlardan farklı bazı zorunlu organizasyon birimlerine yer verilmektedir. Bu durum banka gözetim hukuku ve anonim şirketler hukukunun etkisi dahilinde yönetim organizasyonunun şekillendirildiği sonucunu doğurmaktadır. İki ayrı kanun aracılığıyla şekillendirilen yönetim organizasyonu (ve diğer konular) hakkında, kanunlar ya da daha doğru bir deyimle normlar arasında koordinasyonun sağlanması ve uygulama önceliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

İki ayrı kanuna tabi olarak örgütlenen bankalar hakkında eğer her iki yasa da ayrı ayrı konuları tanzim etmekte ise, bu takdirde düzenleme yapan yasa hangisi ise onun uygulanması gereği, yasanın normatif özelliğinin (*gesetzlicher Normativanspruch*) bir sonucudur¹¹⁸.

¹¹⁷ Ancak literatürde yönetim kurulu üyesi yerine yönetici ya da idareci kavramlarının da kullanılmaktadır. Bu konuda örnek olarak bkz: **Çamoğlu** (Sorumluluk, 2007), 6,7: **Atan**, Turhan, TTK'ya Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967, s. 1: **Mimaroglu**, Sait K., Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967, s. 5: **Helvacı**, s. 10

¹¹⁸ **Emmenegger**, Susan/**Geiger**, Hansueli: Bank-Aktiengesellschaften, Zürich, Basel, Genf, 2004, Rn. 5

Her iki yasa aynı konuyu düzenliyorsa, o zaman normlar arasında koordinasyonun sağlanması gerekir. Normlar arası koordinasyonun sağlanmasında normların zaman ve içerik itibarıyla önceliğinin bulunması yorum tekniği olarak kullanılmaktadır¹¹⁹. Zaman bakımından sonra olan kanun hükmü, önceki kanuna nazaran üstündür. Ancak bu kural özel norm-genel norm çatışmasında her zaman uygulanamaz. Önceki kanun özel kanun ise, sonraki genel kanun farklı düzenleme içerse dahi, önceki kanun uygulanma önceliğine sahiptir¹²⁰. Kanunlar bir bütün olarak düşünüldüğünde, Bankacılık Kanunu'nun hem zaman, hem de içerik itibarıyla önceliği bulunmaktadır¹²¹. Bankacılık hukuku ve anonim şirketler hukuku arasında koordinasyonu sağlayan temel kural, "Bankacılık Kanunu'nun özelliği ilkesi"dir¹²². Bankacılık Kanunu'nun ikinci maddesinin son fıkrası bu kanununun özel hüküm niteliğini tartışmaya yer vermeyecek şekilde bir açıklıkla dile getirmiştir.

Ancak bu hükmün anlamını, somut olay koşullarına göre değerlendirmek gerekir. Örneğin Bankacılık Kanunu'nun yönetim organizasyonuna ilişkin öngördüğü düzenlemelerde boşluk bulunması halinde, bunun genel hüküm mahiyetindeki TTK hükümleriyle mi doldurulması gerekir, yoksa Bankacılık Kanunu'nun kendine özgü bir yapılanmaya gittiği gerekçe gösterilerek boşluk bulunan konunun içeriği özel olarak mı doldurulmalıdır¹²³. Mesele özellikle genel kanunun zaman bakımından öncelikli uygulama kabiliyetinin olduğu durumda, başka bir ifadeyle anonim şirketler hukukuna ilişkin düzenlemenin daha yeni tarihli bir kanunda olması halinde önem kazanmaktadır¹²⁴. Bu konuyla ilgili olarak

¹¹⁹ Zaman bakımından koordinasyonda sonraki kanunun, önceki kanundan üstünlüğü "*lex posterior derogat legi priori*"; içerik bakımından koordinasyonda özel kanunun genel kanundan üstünlüğü "*lex specialis derogat legi generali*" ilkeleri uygulanmaktadır.

¹²⁰ **Karayalçın**, Yaşar, Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme, Ankara, 1994, s. 115.

¹²¹ Esasında bu çatışmada kanunların değil, normların özel ya da genel olması hakkında değerlendirme yapılmaktadır. Bkz. **Karayalçın**, s. 114

¹²² Aynı esas İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1936 tarihli revizyonu nedeniyle Borçlar Kanunu'nun XXIV-XXXIII. Bölümlerine İlişkin Son Hükümler ve İntikal Hükümlerinin 16. maddesinde de kabul edilmiş ve 1934 tarihli Bankalar Kanunu hükümlerinin saklı olduğu hükme bağlanmıştır.

¹²³ **Emmenegger/Geiger**, Rn. 7

¹²⁴ İsviçre'de 1991 revizyonu, her iki hukuk alanının uygulama önceliği sorununu yeniden gündeme getirmiştir. Bu konuda Bkz. **Emmenegger/Geiger**, Rn. 8

öğretide bir görüş bankacılık mevzuatının *mutlak anlamda özelliğini* (*absolute Spezialität*) kabul etmekte ve anonim şirketler hukukundaki düzenlemenin, ancak bankacılık mevzuatı bunu açıkça öngörmüşse uygulanacağını savunmaktadır¹²⁵. Bir diğer görüşe göre ise eğer anonim şirketler hukukunun yeni normları, banka hukukundaki düzenlemenin devamı mahiyetindeyse, anonim şirketler hukukunun düzenlemeleri *lex Posterior* olarak uygulanmalıdır¹²⁶. Son görüşe göre bankacılık mevzuatının özel normları, mutlak değil *nispi bir özelliğe* (*relativierte Spezialität*) sahiptir.

Anonim şirketler hukukundaki 1991 revizyonu nedeniyle benzer bir sorunla karşılaşılan İsviçre hukukunda *Emmenegger*, bankalar kanununun özelliği şeklinde ifade edilen ilkenin şekli ve maddi boyutlarının bulunduğu nazara alınırsa, bu tartışmanın daha da şiddetlenebileceğini ifade ederek, bankalar kanununun özel kanun olma ilkesinin, *farklılaştırılmış özellik* (*differenzierte Spezialität*) olduğu teorisini ortaya atmıştır¹²⁷.

Yazara göre *şekli anlamda özel olma*¹²⁸, iki normdan hangisinin uygulanacak hukuki temeli teşkil edeceği sorununun çözümüne bağlıdır ve burada normların yarışması sözkonusudur. Bankalar Kanunu ile anonim şirketler hukuku hükümleri arasında normların yarışması hali sözkonusu ise, tarihi, sistematik ve teleolojik düşünceler, bankacılık kanununun önceliği prensibini kabul etmeyi gerektirmektedir. Burada *lex Posterior*'a dayalı bir

¹²⁵ Bu görüş özellikle *Kleiner* tarafından savunulmaktadır. Bkz. **Kleiner**, Beat, Bankengesetz und Neues Aktienrecht, in SZW 64 (6/1992), 256 vd. Yazar özellikle s. 257'de 1936'da Bankalar Kanunu hükümlerini saklı tutan düzenlemenin bugün için de geçerli olduğunu, bankaların yönetim organizasyonunun kendine özgü bir yapısı olduğunu ve Bankalar Kanunu'nun açık ifadesi olmayan hallerde, OR'un şirketler hukukunu düzenleyen kısmının sonraki tarihte yapılan bir değişimiyle Bankalar Kanunu'nun kendine özgü düzenlemesine müdahale edilemeyeceğini ifade etmektedir.

¹²⁶ **Nobel**, Peter, Aktienreform und Banken, in Festschrift für Beat Kleiner, Zürich, 1993, (s. 169-181), s. 172. *Nobel* görüşünü özellikle "kanun koyucunun amacı, özel yasa ile düzenlenen bir hususu anonim şirketler hukukunun genel hükümlerinin gerisinde bırakmak olamaz" şeklinde gerekçelendirmektedir.

¹²⁷ **Emmenegger/Geiger**, Rn. 8; **Emmenegger**, Susan, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Bern, 2004, s. 197

¹²⁸ *Emmenegger* burada metod öğretisi bakımından özel norm-genel norm ilişkisi değerlendirmesinin yapılamayacağını, zira burada aynı unsurlara sahip olan normlardan birinin diğerine nazaran ek bazı unsurları içermesinin, yani tam manasıyla bir örtüşmenin sözkonusu olmadığını, bir tarafı kamu hukuku diğer tarafı özel hukuk tarafından tanzim edilen iki düzeyin bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Emmenegger**, s. 162 vd.

yorum yapılması mümkün değildir. Çünkü *lex Posterior* içerik bakımından uygulama kabiliyeti bulmaz¹²⁹.

Ancak bunun yanında *banka hukukunun maddi anlamda özelliği*¹³⁰ prensibini de değerlendirmek gerekir. Maddi norm ilişkisinde, bir normun diğer normun içeriğini değiştirme etkisine (*inhaltliche Wechselwirkung*) sahip olup olmadığı değerlendirmesi sözkonusudur. O halde eğer bankacılık normu, anonim şirketler hukuku normunun katkısı olmaksızın tek başına – otonom olarak- yorumlanabiliyorsa, o zaman bankacılık normunun maddi anlamda önceliği sözkonusudur. Başka deyişle bankacılık normunun tek başına uygulanabilir olması yeterli olmayıp, aynı zamanda bankacılık kanununun o normun içeriğini dolduracak kapsama sahip olması gerekir¹³¹. Böyle bir durumda anonim şirketler hukukundaki temel düzenlemeden yararlanılması mümkün değildir. Normların rekabeti halinde bankacılık mevzuatı *her zaman için nisbi bir özelliğe* sahiptir ve anonim şirketler hukukunda rekabet halinde olduğu normla birlikte yorumlanması gerekir. Anonim şirketler hukukundaki normun ne derece etkili olduğunu ise somut olay şartları belirleyecektir. Burada bankacılık kanunundaki normun kaleme alınış tarzı, kullanılan terimler, yapılan atıf gibi unsurlar nazara alınır. Ancak yorumda, bankacılık mevzuatında yer alan amaç, yani bunlardan en önemlisi olan yatırımcıyı koruma amacı dışına çıkılacak olursa, anonim şirketler hukukundaki düzenleme yorumda dikkate alınmaz ve bankacılık kanununun kendi içerisindeki sistem bütünlüğü muhafaza edilir¹³². Anonim şirketler hukukunda yeni bir değişikliğin yapılması halinde de bu yorum ilkesi muhafaza edilir. Ancak eğer anonim şirketler hukukundaki yeni gelişmeler, yatırımcının daha iyi korunmasına imkân sağlıyorsa, bankacılık mevzuatında yer alan norm, anonim şirketler hukukunun yeni normuyla birlikte yorumlanmalıdır¹³³.

¹²⁹ Emmenegger/Geiger, Rn. 9, 11; Sonraki genel hüküm önceki özel hükmü açık bir düzenleme olmaksızın değiştiremez. Karayalçın, s.115

¹³⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Emmenegger, s. 181 vd.

¹³¹ Emmenegger, s. 164, 165

¹³² Emmenegger/Geiger, Rn. 13-15

¹³³ Emmenegger/Geiger, Rn. 16

Sonuç olarak *Emmenegger* “bankacılık kanununun önceliği” şeklinde ifade edilen ilkenin kendi içerisinde şekli ve maddi olmak üzere alt başlıklar içerisinde toplanabileceğini, şekli anlamda önceliğin kesin olduğunu ve anonim şirketler hukukunun sonradan değişmesi halinde dahi bu önceliğin korunacağını, ancak maddi anlamda önceliğin, anonim şirketler hukukunun yorumlayıcı etkisi ile nisbileştirilebileceğini belirtmektedir. Başka bir deyişle, bankacılık kanununun şeklen bir norm içermesi, maddi bakımdan rekabet halinde bulunan bir diğer normun ona içeriksel olarak etkide bulunmasını engellemez. Gerçi bu, somut olayda bankacılık mevzuatı normlarının, anonim şirketler hukukundaki düzenlemeden farklı bir çözüme varmasını engellemez, özellikle de bankacılık sisteminin bütünlüğünün muhafazası bunu gerektiriyorsa. Ancak anonim şirketler hukukundaki bir değişikliğin bankacılık mevzuatına etkide bulunmasını da engellemez¹³⁴. Yani bankacılık kanunundaki düzenlemenin içeriğine, anonim şirketler hukuku düzenlemesinin etkide bulunup bulunmayacağı, etkide bulunacaksa bunun derecesi, nihayetinde yatırımcının ve sistem bütünlüğünün korunması ilkeleri ile olan ilişkisine göre belirlenecektir. Bu haliyle *bankacılık kanununun farklılaştırılmış özelliği ilkesi* sözkonusudur¹³⁵.

Benzer bir sorun Türk hukukunda TTK'nın değişmesi halinde gündeme gelebilecek ve diğer konular bakımından da geçerli olmakla birlikte, özellikle bankaların organizasyon yapısı bakımından Bankacılık Kanunu-TTK arasında uygulama önceliği sorunu ortaya çıkabilecektir.

Özel kanun-genel kanun ve önceki kanun-sonraki kanun ilişkisi ve bundan kaynaklanan sorunların ortaya çıkabileceği böyle bir durumda, her somut ihtilaf bakımından ayrı değerlendirme yapmak gerekecektir. Bankacılık

¹³⁴ Aynı görüşte **Iseli**, s. 186; **Winzeler**, Christoph, in Basler Kommentar Bankengesetz, Hrsg. von Watter, Rolf/Vogt, Nedim Peter/Bauer, Thomas/Winzeler, Christoph, Basel, 2005, Art. 3 Rn. 3; **Tanner** de aslında farklı argümanlarla benzer sonuca ulaşmakta ve özetle somut olay şartlarına göre yeni şirketler kanununun ayrıntılı olarak düzenlediği hususların kanunun ruhu ve amacı esas alınarak bankalar hakkında da uygulanabileceğini, buna karşın Bankalar Kanunu'nun nihai olarak düzenlediği hususlarda, anonim şirketlere ilişkin kanunun ayrıntılı düzenlemeyi içerse de uygulama kabiliyeti bulamayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Tanner**, Brigitte, Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Bankaktiengesellschaften, in Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich, 1993, (s. 31-52) s. 48

¹³⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. **Emmenegger**, s. 197

Kanunu'nun TTK'ya nazaran özel kanun olduğu tartışma dışıdır (Bank.K m. 2/son). Ancak bu durum, Bankacılık Kanunu'nu anonim şirketler hukukunda meydana gelen güncel gelişmelerden uzak tutacak şekilde yorumlanamaz. Organizasyon bakımından da aynı esas caridir. Bu nedenle Bankacılık Kanunu'nun yönetim organizasyonuna ilişkin normları, TTK'nın buna ilişkin normları ile birlikte değerlendirilerek yorumlanmalıdır. Yeter ki bu değerlendirme Bankacılık Kanunu'nun sistemi, bütünlüğü ve yatırımcının korunması ilkeleri ile çelişkili bir sonuç doğurmasın.

Ş 4. SORUMLULUK DAVASINDA DAVALILAR: YÖNETİCİ ve HAKİM ORTAKLAR

Sorumlulukta davalı sıfatı kavramı, sorumluluk hukuku bakımından kendisine husumet yöneltilebilecek olan kimseleri ifade eder. TTK ve Bankacılık Kanunu bu konuda farklı kavramlara, sorumluluk esaslarına ve prosedürüne yer vermiştir. Ancak bazı hallerde sorumlulukta davalı sıfatı verilen kişi ya da kişiler örtüşmekte ve fakat farklı sorumluluk esaslarına tabi kılınmaktadır.

Bankacılık Kanunu'nda sorumlulukta davalı sıfatı bakımından yönetici, ortak ve hakim ortak kavramlarına yer verilmiş ve bunların –kural olarak- bankaya verdikleri zararlar ya da temin ettikleri menfaatle sınırlı olarak sorumlu olacakları hükme bağlanmıştır (Bank.K m. 110, 133). Anılan bu şahısların bir organ gibi kümülatif değil, şahıs olarak bireysel sorumlulukları sözkonusudur. Bu haliyle sorumluluk şahsi karakter arz etmektedir.

Bankacılık Kanunu yönetici olarak isimlendirilen kimselerin kapsamını da belirlemiş ve yönetici kavramının "*Bankanın yönetim kurulu, denetim komitesi ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imza yetkisine sahip mensuplarından; bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eşdeğer isimler altında faaliyet gösteren birimlerin yöneticilerini*" ifade ettiğini belirtmek suretiyle (Bank.K m. 3) nihayetinde yönetici kavramının kapsamını, yine aynı kavramla çizmiştir.

Bahsi geçen kimselerden bir kısmına ilişkin olarak TTK'da hükümler bulunmakla birlikte, büyük bir kısmı hakkında düzenleme bulunmamaktadır. Aşağıda sorumlulukta davalı sıfatı hakkındaki değerlendirmeler, bu özellik nazara alınmak suretiyle yapılacaktır.

I. BANKALARIN TABİ OLDUĞU DÜZENLEMELERE GÖRE YÖNETİCİ KAVRAMI

Bankacılık Kanunu'nda yönetici kavramının içeriğinin belirlenmesi bakımından konunun düzenlendiği 3. maddede şekli ve maddi olmak üzere iki kriterden yararlanılmıştır.

Şekli açıdan kanun koyucu ismini zikrettiği belirli kimselerin yönetici olduğunu kabul etmiştir. Bu kabul karşısında, banka şirket ve işletme organizasyonu içerisinde yaptığı iş, yerine getirdiği fonksiyon ne olursa olsun, bu kimseleri yönetici olarak kabul etmek gerekecektir.

Kanun ortaya koyduğu maddi kriterle işlev esaslı hareket etmiş ve banka merkez teşkilatında yer alan birim yöneticilerinin de kanunun uygulanması bakımından yönetici olduğunu kabul etmiştir. Esasında burada şekli ve maddi kriterler beraberce yönetici kavramının kapsamını belirlemektedir. Çünkü bir taraftan, kural olarak, sadece banka merkez teşkilatında yer alan kimselerin yönetici olduğu belirtilerek şekli bir kritere; diğer taraftan, yönetici kavramı belirli faaliyetleri yürüten birimlerin amirlerine hasredilerek maddi bir kritere yer verilmiştir. Bu haliyle Bankacılık Kanunu yönetici kavramının kapsamının belirlenmesinde karma bir sistem içermektedir.

A. Pozitif Hukuk Bakımından

1. Türk Ticaret Kanunu

TTK'nın banka hukukunda uygulanma gerekçesi Bank.K m. 2/son uyarınca yapılan atıftır. Bu nedenle bankalarda yönetici kavramının içeriğinin doldurulması bakımından, Bankacılık Kanunu'nun mahiyetine uygun düştüğü ölçüde TTK hükümleri uygulama alanı bulur.

Hukuki açıdan yönetici kavramı, TTK'ya yabancısıdır. Ancak kavramın anlamı esas alınmak suretiyle, bunun anonim şirketler hukukundaki karşılığı tetkik edilebilir.

Anonim ortaklık hukukunda yönetim, kural olarak, ortaklığın idare ve temsil işlevlerini kapsamaktadır (TTK m. 317) yönetim kurulu tarafından yerine getirilmektedir. Bu açıdan TTK'da yasal bir tabir olarak "yönetici" ibaresi yer almamakla birlikte, eğer bir yöneticiden bahsedilecekse bu ilkin, yönetim kurulunu ve üyelerini kapsar.

Yönetim kuruluna ait görevler kurul olarak yerine getirilebileceği gibi, idare ve temsil yetkilerinin bölünmesi ve murahhas tayin edilmesi mümkündür (TTK m. 319). Bu durum, idare işleri bakımından yönetim kuruluna sunulan bir imkânı ifade eder ve işlerin koordinasyon içinde yürütmesini sağlar. Sahip olabilecekleri yetkiler gözetildiğinde bu kimselerin de yönetici kapsamına girdiğinde tereddüt yoktur. Ancak anılan durumlar anonim ortaklığın üst seviyede idaresinin yönetim kuruluna ait olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Murahhasların gözetimi ve gerekli hallerde azli, yönetim kurulunun yetkileri arasındadır.

TTK'da anonim şirketlerde yönetim organizasyonunun yapılanması bakımından çeşitli komite ya da komisyonların kurulması da öngörülmektedir (TTK m. 318/II). Bunlar açısından mutlaka kanunun kullandığı komite ya da komisyon kavramlarını kullanmaya gerek bulunmayıp, yasada belirtilen ölçütleri taşımaları yeterlidir. Bu nedenle bunların alt kurullar olarak isimlendirilmesinde mahsur bulunmamaktadır.

Alt kurullar banka yönetim organizasyonunda daha büyük öneme sahip olduklarından, banka alt kurullarına ilişkin düzenlemeler saklı tutulmuştur (TTK m. 318/III) ve Bankacılık Kanunu bunlara oldukça önemli görev ve yetkiler vermektedir. Ancak Bankacılık Kanunu düzenlemesi bakımından bu alt kurulların tamamının üyeleri değil, sadece kanunun kendisine önem atfettiklerinin üyeleri yönetici olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan, Bankacılık Kanunu'nun yönetici kavramının kapsamı bakımından eleştiriye açık olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

İdareye ilişkin yetkilerin kaynağı yönetim kurulu olup, bu yetkilerini kullanımı ve organizasyon bakımından yönetim kurulu nispi bir hareket serbestisine sahiptir. Bu kapsamda şirket işlerinin icraya ilişkin safhası için müdür tayin edilebilmesi mümkündür (TTK m. 342). Sözkonusu müdürlerin faaliyet sahasına yer itibariyle bir sınırlama getirilmediğinden, şirketin merkez ya da harici örgütlenmesi içerisinde işlevlerini yerine getirebilirler. Anonim şirketler hukuku bakımından müdürler, Bankacılık Kanunu'nda tanımlanan münferit yöneticiler tarafından icra edilebilecek görevleri yerine getirebilecek niteliktedir. Bu nedenle, anonim şirketler hukukunda müdür olarak nitelendirilen kimselerin de, banka hukuku bakımından yönetici olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ancak bu hususta Bankacılık Kanunu'nda yer alan spesifik tanım gözetilmek zorundadır.

2. Bankacılık Kanunu

Modern gelişmeler anonim ortaklıklar hukukunun öngördüğü yapının işletme faaliyetleri bakımından yetersiz kalmasını sonuçlamış ve özellikle banka gibi büyük işletme faaliyetleri, genel müdürün başkanlığında teşkil olunan teknik donanıma sahip bir grup tarafından yürütülmeye başlamıştır¹³⁶. Nitekim gelişime paralel olarak TTK Tasarısı'nda da yönetim kurulu ve yönetici ayırımına yer verilmektedir¹³⁷.

Anonim şirket şeklinde örgütlenerek bir banka işletmesini işleten kurumlar, ticari işletmenin yönetimi bakımından ikili bir yönetim yapısına ihtiyaç duyarlar. Ancak bu yapı, işletme faaliyetlerinin icrasının gerektirdiği bir zorunluluk olup, pratik ihtiyaçların sonucu olan bu durum, anonim şirket yönetiminin bölünmüş bir sisteme geçtiği; başka deyişle birbirlerinden farklı görev ve yetkilere sahip, birbirinin görev alanına müdahale imkanı olmayan ikili bir sistem bulunduğu şeklinde yorumlanamaz. Mevcut haliyle banka yönetim kurulu, banka tüzel kişiliği ve işletmesinin faaliyetlerini yönetim yetkisi bulunan esas organdır.

¹³⁶ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), kn. 519

¹³⁷ TTK Tasarısı m. 553'de sorumluluk esasları tayin edilirken, yönetim kurulu ve yönetici kavramları ayrı ayrı belirtilmiş, madde gerekçesinde yönetici kavramının anlam ve kapsamının uygulamada doğabilecek sakıncaları önleme adına bilimsel ve kazai içtihadı bırakıldığı vurgulanmıştır.

Bankacılık Kanununun benimsediği yönetim sistemi TTK' dan önemli ölçüde farklıdır. Çünkü banka yönetim kurulunun yanında, yönetimde ayrı bir birim olarak genel müdürlük teşkilatına yer verilmektedir. Genel müdürlük ile yönetim kurulunun yasal yetki sınırları ve birbirleri ile olan ilişkileri açıkça belirlenmemiştir. Ancak yönetimde ikili bir yapılanmanın oluşmasının hedeflendiği söylenebilecektir. Benzer bir ayrılık İsviçre hukukunda derin şekilde vurgulanırken¹³⁸, hukukumuzda bu ayrıma ilişkin açık bir düzenlemeye yer almamaktadır. Sadece Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmeliğin¹³⁹ 3. maddesi ile banka yönetimi, üst yönetim ve üst düzey yönetim olarak birbirinden ayrılmaktadır. Bu düzenlemede özü itibarıyla üst düzey yönetim, teknik donanımlı yöneticileri kapsamaktadır¹⁴⁰. Teknik donanımlı yöneticilerle banka yönetim kurulu, bankanın üst düzey yönetimini oluşturmaktadır.

Kanun yönetici kavramını hususi olarak tanımladığından, yönetici sıfatının belirlenmesi bakımından, yasal tanım esas alınmak zorundadır. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere, bu tanım anonim şirketler hukukunda tanzim edilen yönetim kurulu üyeleri, murahhaslar ve şekli şartların mevcudiyeti halinde müdürleri kapsayacak içeriktedir.

B. Kurumsal Yönetim İlkeleri

1. Kavram

Kurumsal yönetim hakkındaki tartışmalar Anglo-Sakson hukuk sisteminde ortaya çıkmış ve oradan da Kıta Avrupası hukuk sistemini etkilemiştir¹⁴¹. Dünyadaki gelişimi izlendiğinde konuyla ilgili metinlerin son 30

¹³⁸ "...işletmenin amacı ve işlerin kapsamının gerekli kılması halinde, üst yönetim, gözetim ve kontrole ilişkin bir organın bir tarafta, işletme yönetimine ilişkin bir organın diğer tarafta olması...halinde bankaya faaliyet izni verilir". BankG Art. 3 Abs. 2

¹³⁹ RG. 01/11/2006 T., 26333 Sa.

¹⁴⁰ BKYİY m. 3/g uyarınca üst düzey yönetim, "banka genel müdür ve genel müdür yardımcıları, iç sistemler kapsamındaki birimlerin yöneticileri ile başka unvanlarla istihdam edilseler dahi, danışmanlık birimleri dışındaki birimlerin, yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst konumlarda görev yapan yöneticilerini" ifade eder.

¹⁴¹ **Böckli**, Peter, Corporate Governance: The "Cadbury Report" and the Swiss Board Concept of 1991, in SZW, 4/96, s. 149,150. Esasında Corporate Governance'ye ilişkin gelişmeler Kıta Avrupasında çok daha eski tarihlerde görülmesine rağmen, bu başlık altında toplanmamıştır. Bkz. **Wegmüller**, s. 28; **Stöckli**, s. 219: *Hopt* bu gelişimi, Anglo Sakson hukuk sistemindeki pay sahibi

yıl içerisinde oluşturulmuş ve özellikle 2000 yılı sonrasında önemli bir gelişim kaydedilmiştir¹⁴².

Kavram bugün hemen her ülkede kaynağı olan İngilizce tabire sadık kalınarak “Corporate Governance” şeklinde kullanılmakta ve anlamını tam karşılayan bir çevirinin yapılmasının hemen hemen imkansız olduğu kabul edilmektedir¹⁴³.

Kavram Yunanca ve Latince kökenden gelen iki kelimenin birleşmesi ile vücuda gelmiştir. Governance kavramı Yunanca dümenci, yöneten ya da baş adam manasına gelen “*kybernetes*”in Latincesi olan “*Gubernator*”u İngilizlerin iktibasından sonra “*governor*” şeklinde kullanılması ve bundan da yönetim manasına gelen governance kavramını türetmeleriyle oluşmuştur. Buna Latince’de vücut için kullanılan “*corpus*” ve bundan türetilip tüzel kişilik (birliktelik) için kullanılan “*corporatio*” kavramları eklenmiştir. Bu yüzden kelime olarak çevrildiğinde Corporate Governance kavramı “tüzel kişiliğe ilişkin yönetim” (*körperschaftliche Steuerung*) karşılığındadır¹⁴⁴. Bu şekilde yapılan bir çeviriden makul ve amaca uygun bir sonuç çıkarılamamakta, kavramla neyin ifade edilmek istendiği belli olmamaktadır. Bu durum, kavramın diğer dillerde de çevirisi yapılmadan kullanılmasının haklı gerekçesini teşkil etmektedir. Ancak Türk hukukunda kurumsal yönetim kavramı yerleştiğinden, çalışmada bu ibareyi kullanmanın daha yerinde olduğu düşünülmektedir.

İngiliz Finansal Raporlama Konseyi ve Londra Borsası vasıtasıyla oluşturulan ve ilk en iyi uygulama kodu olan Cadbury raporunda kavram

yapısının farklı olmasına ve halka açık şirketlerin Amerika’daki gelişimine bağlamaktadır. Yazara göre Amerikan hukuku mülkiyet-yöneten ilişkisine odaklanmışken, Kıta Avrupası hukuku azınlığın korunmasına ve hakim şirkete odaklanmıştır. Bkz. **Hopt**, Klaus J, Aktienrecht unter amerikanischem Einfluss, in Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. II, München, 2007, s. 110 (105-128)

¹⁴² http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php, ET: 27.10.2009;

¹⁴³ **Böckli** (1996), s. 150; **Wegmüller**, s. 25; **Böckli**, Peter, Corporate Governance: Der Stand der Dinge nach den Berichten “Hampel”, “Viénot” und “OECD” sowie dem deutschen “KonTraG”, in SZW 1/1999, (s. 1-16), s. 2; **von Werder**, Axel, in Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, Hrsg. von Ringleb, Henrik-Michael/Krener, Thomas/Lutter, Marcus/v. Werder, Axel, München, 2008, s. 13

¹⁴⁴ **Böckli**, (Corporate Governance, 1999), s. 2

“sayesinde şirketlerin yönetilip kontrol altında tutulabildiği¹⁴⁵ sistem” olarak tanımlanmıştır¹⁴⁶. Bu nedenle kavram “...sayesinde şirketlerin yönetilip kontrol altında tutulduğu, yöneticiler ve ortakların sorumluluklarını gösteren matriks ya da sistem” şeklinde de tanımlanmaktadır¹⁴⁷. Kavramın bu denli geniş tanımlanması, içeriğinin de aynı genişlikte doldurulmasına imkân tanımaktadır. Öte yandan kavramın içeriğinin zaman içerisinde değişen şartlara göre şekillenmesi de mümkündür. Zaman içerisinde kavramın içeriğini somutlaştırmaya yönelik tesbitler *Cadbury* tarafından yapılmış ve kavramın içeriğinin değişen koşullarla yeniden şekillenmeye müsait olduğu, şirket yönetiminin, ortaklık, bireyler ve toplum arasında dengeyi kurmaya yönelmesi gerektiği vurgulanmıştır¹⁴⁸.

OECD tanımına göre kurumsal yönetim, bir şirketin yönetimi, yönetim kurulları, hissedarları ve doğrudan çıkar sahibi diğer kesimler arasında bir dizi ilişkiyi içermektedir ve şirketlerin yönetimi ve denetimini sağlayan dahili araçlarla ilgilidir. Şirketlerin kurumsal yönetim ilkelerini benimsemeleri yatırım kararları bakımından, özellikle de uluslararası yatırımlar bakımından önem taşımaktadır ve şirketlerin rekabet gücünü artırıp yabancı sermayeyi çekebilmektedir. Ancak kurumsal yönetim için tek bir yapılanma modeli bulunmamaktadır. OECD'nin yaptığı çalışma, iyi kurumsal yönetimin temelini oluşturacak bazı müşterek öğeleri içermektedir¹⁴⁹.

İsviçre'de 2002 yılında yayınlanan en iyi uygulama kodunda kurumsal yönetim “*pay sahiplerinin çıkarını korumaya yönelik ilkelerin bütünüdür*” ve bunlar “*işletmenin en üst seviyesinde karar kabiliyeti ve etkinliği sağlamada saydamlık oluşturmayı ve yönetimle kontrol arasında dengeli bir ilişki kurulmasını hedefler*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Asıl metinde kontrol kavramı kullanılmaktadır. Kontrol kavramı denetleme ve gözetimi kapsayacak bir içeriğe sahiptir.

¹⁴⁶ Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance (*Cadbury Report*), 1992, para. 2.5, http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php, ET: 27.10.2009

¹⁴⁷ Böckli, (Corporate Governance, 1999), s. 2

¹⁴⁸ Bkz. Pahlı, Ali; Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, 2. Bası, ISBN: 975-98876-1-4, s. 23,24

¹⁴⁹ Bkz. OECD Principles of Corporate Governance, May 1999, http://www.ecgi.org/codes/code.php?code_id=89 ET. 27.10.2009; Türkçe çeviri için Bkz. <http://www.tusiad.org/FileArchive/oecd.pdf> ET. 27.10.2009

¹⁵⁰ Bkz. http://www.ecgi.org/codes/documents/swisscodeofbestpractice_german.pdf ET. 27.10.2009

Alman kurumsal yönetim koduna göre ise kurumsal yönetim “*bir işletmenin yönetim ve gözetimi için gerekli olan hukuki ve fiili çerçeveyi*” ifade etmektedir¹⁵¹. Bu tanımdan hareketle kurumsal yönetimin iç ve dış boyutlarının bulunduğu kabul edilmekte, iç boyutunda işletme organlarının yetkileri, işlevleri ve birbirine etkilerinin sözkonusu olduğu; dış boyutunun ise işletme yöneticileriyle işletmedeki menfaat grupları arasındaki ilişkiye dayalı olduğu kabul edilmektedir¹⁵².

Son yıllarda hemen her ülkede öğreti ve kamusal otoriteler kavramla ilgili çalışmalar yürütmektedir. Bu araştırmalar belli bir bilim ve disiplinle sınırlı olmayıp, iktisat, siyaset, hukuk, sosyoloji, psikoloji ve sair bilim dalı ya da disiplin, kavramın kendi ile ilgili boyutlarıyla ilgilenmektedir¹⁵³. Bu durum, tanım yapmada bir başka güçlük oluşturmaktadır. Kavramın ülkeden ülkeye değişen mahiyeti ve disiplinler arası boyutu, yeknesak bir tanım yapılmasını güçleştirmektedir. Bu nedenle öncelikle işlevleri esas alınmak suretiyle kavram hakkında tesbitler yapılmalıdır¹⁵⁴.

¹⁵¹ http://www.ecgi.org/codes/documents/gccg_d.pdf ET. 27.10.2009; Alman hukukunda kurumsal yönetimin gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pulaşlı**, Hasan, Corporate Governance, Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara, 2003, s. 25 vd.

¹⁵² **von Werder**, s. 13, 14; *Pulaşlı halka açık* anonim şirketteki menfaat gruplarını iç içe geçmiş iki üçgen kapsamında açıklamaktadır. Bkz. **Pulaşlı**, (Corporate Governance, 2003), s. 2 vd.

¹⁵³ **Wegmüller**, s. 26

¹⁵⁴ Kurumsal yönetim ilkelerine riayet bakımından Bankacılık Kanunu'nun oldukça gelişmiş düzeyde olduğunu söylemek mümkündür. Tezde kurumsal yönetim prensip olarak yönetim yapılanması bakımından incelenmekle birlikte, bankalarda özellikle oran ve standartlara ve kredilere ilişkin düzenlemelerin de kurumsal yönetim başlığı altında değerlendirilmesi gerekir.

2. İşlevi

Kurumsal yönetim kavramı hakkında tanım yapmaktan ziyade¹⁵⁵, onun işlevlerinin ortaya konulması ve tesbiti daha yerinde olacaktır. Sermaye şirketlerinde ve özellikle pay sahiplerinin “iktisadi mülkiyete” sahip olduğu anonim şirketlerde, şirket malvarlığını yönetimde ortakların ilgisiz kalması ve yöneticilerin kendilerine ait olmayan malvarlığını yönetirken özen derecelerinin zayıflaması sorunlarını beraberinde getirmektedir. Bu sorunun aşılması, yönetimin oluşturulan ilkelerle tanzim edilmesini gerektirmektedir.

Türk hukukunda Sermaye Piyasası Kurulu ve BDDK tarafından kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin düzenlemeler yapılmış, yine kamuya yararlı bir dernek olan TÜSİAD da kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin bir kod

¹⁵⁵ Ancak öğretilerde işlevleri esas alınmak suretiyle çeşitli tanımlar yapılmaktadır. *Schmidt*'e göre kavram kısaca “işletme yönetim ve kontrolünü” ifade etmektedir. **Schmidt**, Stefan Marcus, Corporate Governance in deutschen und amerikanischen Aktiengesellschaften, Frankfurt am Main, 2001, s. 3; *Langenbucher/Blaum*'a göre “şirket organlarının, pay sahiplerinin, çalışanların ve diğer menfaat gruplarının (stakeholders), yani şirketin elde ettiği kardan istifade edip zararına katlanan kimselerin hak, görev ve sorumluluklarını kapsar”. **Langenbucher**, Günter/**Blaum**, Ulf, Audit Committee – Ein Weg zur Überwindung der Überwachungskrise? in Der Betrieb, 1994, s. 2197 (2197-2206); *Assmann*'a göre “Corporate Governance (tartışmaları) esas itibarıyla, pay sahibi bakımından işletme yönetimi, yönetimin kontrolü ve işletmenin başarısı arasındaki bağlantı ile ilgilenir” **Assmann**, Heinz-Dieter, Corporate Governance, in Die Aktiengesellschaft, 1995, H. 7, s. 289 (289-290); *Corhay*, kurumsal yönetimi Cadbury raporunda ifade edilen şekliyle, “şirketlerin yönetim ve kontrol edilmesinin yolu” olarak tanımladıktan sonra, kurumsal yönetimin firmalarda menfaat çatışmalarını azaltacak sistemlerin kurulması düşüncesine” dayalı olduğunu ifade eder. **Corhay**, Albert/**Dighaye**, Albert/**Michel**, Pierre-Armand, The impact of the new Corporate Governance code on the Belgian stock market, in International Corporate Governance after Sarbanes-Oxley, Ed. by Ali, Paul U./Gregoriou, Greg N., New Jersey, 2006, s. 95,96: *Gregoriou*'ya göre kurumsal yönetimin amacı firma performansını artırmak ve yatırımcıya, yatırımının karşılığı olarak iyi bir miktarın dönüşünü sağlamaktır. **Gregoriou**, Greg N./**Kelting**, William R./**Christopherson**, Robert, Improving the Corporate Governance of Hedge Funds, in International Corporate Governance after Sarbanes-Oxley, Ed. by Ali, Paul U./Gregoriou, Greg, New Jersey, 2006, s. 120. Kurumsal yönetim hakkında öğretilerde yapılan diğer farklı tanımlar incelendiğinde sadece ortakların değil, ortaklar dışındaki kimselerin menfaatlerinin korunması amacına hizmet eden ilkeleri içerdiği sonucu çıkmaktadır. (Ayrıntılı bilgi için Bkz. **Pashı**, s. 25 vd.): Türk hukukunda *Pulaşlı* kavramın “bir işletmenin en iyi şekilde sevk ve idaresi ve aynı zamanda bu sevk ve idarenin en iyi biçimde gözetim ve kontrol edilmesi ile ilgili ilkeler” şeklinde tanımlanabileceğini ifade eder **Pulaşlı**, (Corporate Governance, 2003), s. 4; *Poroy* kavramı “anonim ortaklığın en iyi şekilde yönetilmesine, denetlenmesine, mükemmel uygulamalarla çalıştırılmasına ilişkin normlar veya ulusal ya da uluslararası ölçüde iyi ve sorumluluğunun bilincinde yönetim” şeklinde tanımlamaktadır **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, kn. 471a; *Tekinalp* ise “hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıklar için öngörülmuş, uygulaması isteğe bağlı, iyi yönetim, gözetim ve denetim kuralları” şeklinde tanımlamaktadır. **Tekinalp**, Ünal, Anonim ortaklıklara ilişkin yeni hukuk politikalarını dinamikleri ve bunlar arasındaki ilişki, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2003, s. 228 (s. 227-252); Konu hakkında kapsamlı bir araştırma yapan *Pashı*, monografisinde uzunca bir tanım yaptıktan sonra kavramın özü itibarıyla “anonim ortaklığın en iyi ve adil şekilde yönetilmesi”ni ifade ettiğini dile getirmektedir. **Pashı**, s. 37,38.

oluşturmuştur¹⁵⁶. Bu kod kurumsal yönetimi dar ve geniş anlamda tanımlamıştır. Geniş anlamda kurumsal yönetim “*insanların bir amaca ulaşmak için oluşturduğu herhangi bir kurumun yönetiminin düzenlenmesidir*”. Dar anlamda ise “*bir kurumun beşeri ve mali sermayeyi çekmesine, etkin çalışmasına ve böylece ait olduğu toplumun değerlerine saygı gösterirken uzun dönemde ortaklarına ekonomik değer yaratmasına imkân tanıyan her türlü kanun, yönetmelik, kod ve uygulamaları*” ifade etmektedir¹⁵⁷.

Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmeliğin¹⁵⁸ 3. maddesi de kurumsal yönetimi tanımlamaktadır. Buna göre kavram, “*Banka üst yönetiminin bankayı, belirlenmiş hedefler, Kanun, Kanuna istinaden çıkarılan düzenlemeler ile ilgili diğer mevzuat, ana sözleşme ve banka içi düzenlemeler ile bankacılık etik kuralları doğrultusunda, tüm menfaat ve pay sahipleri ile tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerini koruyacak biçimde yönetimini,*” ifade etmektedir. Yönetmelik ekinde bankaların kurumsal yönetim ilkeleri yayınlanmıştır. Kanun ve tüzüklerin uygulanmasını göstermek amacıyla çıkarılabilen yönetmelik vasıtasıyla böyle bir düzenleme yapılması eleştiriye açıktır. Zira yönetmelik üst mevzuatın uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarılmamış (AY. m. 124/I), sadece ekte yer alan kurumsal yönetim ilkelerine riayet edilebileceği, fakat bunun riayet edecek kişi ya da kişilerin isteğine bağlı olduğu belirtilmiştir (BKYİY m. 4).

Tasarıda da kavram düzenlenmekte ve kural olarak sadece halka açık anonim ortaklıklar için Sermaye Piyasası Kurulu tarafından kurumsal yönetim ilkelerinin belirleneceği, bunun haricinde dar kapsamlı ilkelerin oluşturulabileceği hükme bağlanmakta (TTKT m. 1529), kurumsal yönetim açıklamasının hazırlanması yönetim kurulunun devredilemez görevleri arasında sayılmaktadır (TTKT m. 375/f).

¹⁵⁶ Türk pozitif hukukunda kurumsal yönetim kavramı sadece bahsedilen (bu kodlar ya da yönetmelikle sınırlı değildir. Kavram Sermaye Piyasası Kurulunun pek çok tebliğinde, Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu ile ilgili kararlarda, Bankacılık Kanunu’nda, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nda, 233 s. KHK eki olan bakanlar kurulu kararlarında, Türkiye Kızılay Derneği Tüzüğü ve bankalar dahil finansal şirketleri düzenleyen pek çok yönetmelikte kullanılmaktadır.

¹⁵⁷ Bkz. <http://www.tusiad.org/FileArchive/kurumsalyonetim.pdf> kurumsal yönetim en iyi uygulama kodu: yönetim kurulunun yapısı ve işleyişi,

¹⁵⁸ RG: 01.11.2006 T. ve 26333 Sa.

Bu tesbitlere dayalı olarak incelendiğinde, kavramın tanımının birbirinden farklı iki unsuru içerdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Kavram bir yandan fonksiyonel anlamda tepe organizasyonunu¹⁵⁹, yani görevlerin makul biçimde dağıtılmasını, en üst yönetim organının amaca uygun yapılandırılmasını ve kâr hedefli stratejik yönetim ve finansal denetim arasında denge sağlanmasını ifade ederken; diğer yandan da Anglo-Sakson sistemindeki anlayışa uygun olarak en üst yönetim organının pay sahipleri ve sermaye piyasası ile ilişkisini ifade etmektedir¹⁶⁰.

Kurumsal yönetim kavramının temas ettiği noktalar hakkında bir sınırlama yapmak mümkün olmamakla birlikte, temel bazı esaslarının bulunduğu tesbit edilmektedir. Böckli'ye göre kurumsal yönetim öncelikle “şirket içerisindeki üçgen” arasındaki dengeyi kapsar, yani yönetim kurulu altında yapılan yöneticilerin *yönetim fonksiyonu*, yönetim kurulunun *üst yönetim ve üst gözetim fonksiyonu* ve denetçilerin *denetim fonksiyonu* arasında bir denge oluşturulmasını kapsamına alır. Bunun yanı sıra kurumsal yönetim “şirket dışındaki üçgen” arasındaki güç dengesi ile de ilgilidir. Yani işletme, sermaye piyasası ve diğer menfaat grupları arasındaki ilişki de kurumsal yönetimin kapsamına girer. Burada özellikle yöneticiler ve yönetim kurulunun pay sahipleri ve kurumsal yatırımcılar tarafından kontrolü sözkonusudur¹⁶¹.

Kurumsal yönetim hakkındaki ulusal ve uluslararası düzenlemeler ve öğretideki yaklaşımlar esas alındığında tanım vermek oldukça güçtür. Ancak kavramın, anonim şirketlerin yönetiminde kurumsallaşmayı sağlamaya yönelik kuralları bir araya getiren bir üst kavram olduğu açıktır. Bunlar esas itibariyle yönetimin ve onun kontrolünün organik ve fonksiyonel esaslarını içerir. Bu kurallar normatif biçimde tanzim edilmeyip, herhangi bir bağlayıcılık

¹⁵⁹ Hopt bunu iç (*intern*) kurumsal yönetim, işletmeleri kontrol eden piyasayı dış (*extern*) kurumsal yönetim olarak isimlendirmektedir. Bkz. Hopt, Klaus J., Gemeinsame Grundsätze der Corporate Governance in Europa, ZGR, 2000, s. 783 vd. (s. 779-818)

¹⁶⁰ Böckli (1999), s. 2

¹⁶¹ Böckli, Peter, Corporate Governance auf Schnellstrassen und Holzwegen, in ST, H. 3, J. 2000, s. 133 (133-152); Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, (Corporate Governance, 2003), s. 2 vd.

içermese de zaman içerisinde oluşacak bağlayıcılık taşıyan normların temelini teşkil edecek mahiyettedir¹⁶².

Zamana ve yere göre kurumsal yönetim kapsamında yer alan ilkelerin farklılık arzemesi ve normlardaki değişim sürecinin tamamlanmaması, kavram hakkında bir tanım vermek yerine, bu kavramın kapsamında neyin yer aldığını tesbit etmek daha isabetlidir.

Tez konumuz bakımından önem taşıyan tesbit, şirket yönetim organizasyonunun yapılanması ve bunların işlevleri ve birbirleriyle münasebetlerine ilişkin esasların, kurumsal yönetimin önemli bir alt başlığını teşkil etmesidir¹⁶³. Şirket tepe organizasyonu, şirket amaç ve konusuna uygun şekilde yapılandırılmalı ve bunu gerçekleştirmeye elverişli bir yönetim mekanizması oluşturulmalıdır¹⁶⁴.

Kurumsal yönetimin bankalar bakımından özellik arzeden karakteri nedeniyle, Fransız delegasyonu başkanlığında Basel Komitesi'nde bir araya gelen ulusal gözetim mercilerinin temsilcileri, bankalar bakımından uygulanabilecek kurumsal yönetim için temel bazı ilkeler oluşturmuşlardır¹⁶⁵. Bunlar:

1. Üst yönetim organı, kendi konumu için gerekli niteliklere sahip olmalı, işletme yönetim yapısı içindeki rolünü tam olarak bilmeli ve banka işleri hususunda sağlam bir takdir yetkisine sahip olmalıdır.

2. Üst yönetim organı banka için stratejik hedefleri ve yönlendirici prensipleri belirlemeyip, bunları gözetlemeli ve bunları bankanın tamamına duyurmalı.

3. Üst yönetim organı, tüm banka kapsamında net bir biçimde sorumluluk alanları ve hesap verme yükümlülükleri belirlemeli ve bunu uygulamalıdır.

¹⁶² Ancak sermaye piyasası hukukunda kurumsal yönetim kapsamında değerlendirilebilecek bazı konular mevzuatta düzenlenmiştir. Örneğin, Seri: IV, No: 41 Sa. Teb., m. 1

¹⁶³ Hatta kavramın dar anlamda işletmelerin yönetim organizasyonunun yapılandırılmasını ifade ettiği kabul edilmektedir. Bkz. **Erny**, s. 94

¹⁶⁴ **Wegmüller**, s. 26

¹⁶⁵ Verbesserung der Unternehmensführung in Banken, Februar, 2006

4. Üst yönetim organı, işletme yönetiminin gözetim yükümünü, en üst yönetim organının belirlediği prensipler çerçevesinde yerine getirmesini teminat altına almalıdır.

5. Üst yönetim organı ve işletme yönetimi iç denetim, dış deneticiler ve iç kontrol tarafından sağlanan hizmeti etkin bir şekilde kullanmalıdır.

6. Üst yönetim organı, ücret esasları ve uygulamalarının, işletme kültürüne, uzun vadeli hedef ve stratejilere ve kontrol sahasına uygunluğunu teminat altına almalıdır.

7. Banka şeffaf bir şekilde idare edilmelidir.

8. Üst yönetim organı ve işletme yönetimi, özellikle banka şeffaflığı engelleyen hukuki alanlarla ve yapılar bulunuyorsa, bankanın operatif yapısı ile yakın ilişki içinde olmalıdır.

Yönetim organizasyon ve işleyişinde kurumsal yönetimin ortaya koyduğu temel esaslar, yönetim yapılanmasının amaca uygun olması, yönetim kurulu ile icracı yönetimin birbirinden ayrılması, yönetim kurulunun gözetim fonksiyonuna ağırlık verilmesi, yönetim kurulu yapılanmasında bağımsız üyelerin ağırlık taşıması ve görev ve yetkilerin açık biçimde belirlenmiş olması şeklinde sıralanabilir.

Fnans şirketleri ve özellikle bankalar kurumsal yönetime ilişkin yönetim ve gözetim esaslarını sadece klasik anonim ortaklıklardaki menfaat çevresine değil, aynı zamanda müşterileri, piyasa katılımcıları ve gözetim merciine karşı da yerine getirmek zorundadır. Bu nedenle klasik ortaklıklara nazaran daha ayrıntılı ve daha fazla sayıda emredici düzenlemeye tabidirler¹⁶⁶.

Türk hukukunda bankalara ilişkin kurumsal yönetim ilkelerinin önemli bir kısmının Bankacılık Kanununda düzenlendiği tesbit edilmektedir. Bu kapsamda bankaların kuruluş ve faaliyet şartlarında yönetim organizasyonuna ilişkin özel düzenlemeler, özü itibarıyla kurumsal yönetime ilişkin esaslardır (Bank.K m. 6/d,h,j; m. 10/c,d). Şu halde bankaların kurumsal yönetimine ilişkin esaslar, sadece kurumsal yönetime ilişkin bağlayıcılığı olmayan kodlarla değil, aynı zamanda pozitif hukuk tarafından

¹⁶⁶ Stöckli, s. 220

düzenlenmektedir. Zaten Bankacılık Kanunu, TTK'ya nazaran değişen ihtiyaçlar gözetilerek daha sık değişmekte, ihtiyacın özelliğine göre bu kısmi değişiklik ya da kanunun tümüyle değişmesi şeklinde gerçekleşmekte ve anonim şirketler hukukundan her zaman için daha ileri düzeyde amaca uygun bir yönetim yapılanması öngörülmektedir.

3. Üst Yönetim

Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik ve ekinde, "üst yönetim" ve "üst düzey yönetim" ayrımı yapılmaktadır (BKYİY m. 3). TTK Tasarısı'nda da benzer şekilde "üst düzeyde yönetim" kavramına yer verilmektedir (TTKT m. 375/a). Kavramların benzer içeriğe sahip oldukları düşünülse de, üst yönetimin biri organizasyona, diğeri işleve ilişkin olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır.

Tasarıda kullanılan ibare fonksiyonel içerikte olup, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınmıştır (OR Art. 716a Abs. 1, Ziff. 1). Kavram burada yönetim kurulunun esaslı bazı işlevlerini vurgulamak amacıyla kullanılmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu Gerekçesi üst yönetimin kapsamını üç temel görevle açıklamaktadır¹⁶⁷. Buna göre üst yönetim,

- Şirketin stratejik amaçlarını geliştirmek,
- Bu amaca ulaşmak için gerekli araçları seçmek,
- Belirlenen amacın izlenmesi bakımından yönetim organını (*Geschäftsführungsorgan*) kontrol etmek ödevlerini içerir.

Kanunda yönetim kurulu için öngörülen diğer görevler üst yönetimin gerçekleştirilmesinde sadece araçtır¹⁶⁸. Üst düzeydeki gayeler ve tedbirler konusundaki kararları her zaman yönetim kurulu almalıdır¹⁶⁹. Yönetim kurulu tarafından öncelikle işletme stratejisinin ve işletmede her zaman kıt olan kaynakların dağılımını belirlemelidir¹⁷⁰. Üst yönetim detay ya da teferruata

¹⁶⁷ Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, s. 921,922

¹⁶⁸ "Sayılan diğer pek çok görev alanı, bu kavramın somutlaştırılmasından başka bir şey değildir" Botschaft s. 921

¹⁶⁹ Erny, s. 130

¹⁷⁰ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 30, N 31

ilişkin hususları değil, esaslı sorunların çözülmesi ve esaslı kararların alınması görevlerini içerir. Strateji sorunu kısa süreli bir sorun olmayıp, işletmenin varlığını teminat altına almak bakımından orta ya da uzun vadede belirleyici öneme sahiptir¹⁷¹.

TTK Tasarısı Gerekçesinde de yönetim kurulunun vazgeçilmez görevi¹⁷² olan üst düzeyde yönetim; temel politika hedeflerinin belirlenmesi, bunlara ulaşılması için gerekli araçların gösterilmesi, hedeflere ulaşıp ulaşılmadığının kontrolü ve stratejilerin tesbiti şeklinde ifade olunmaktadır¹⁷³. Tanımlama, kaynak kanunla örtüşmekte olup, işlevsel içerik taşımaktadır. Bu nedenle, tasarıda kullanılan üst yönetim kavramından, stratejik işletme yönetimi anlaşılmalıdır¹⁷⁴.

Üst yönetim ikinci olarak organizasyona ilişkin bir içeriğe sahiptir ve Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik ve ekinde yer alan kurumsal yönetim ilkelerinde bu anlam esas alınmaktadır. Yönetmelikte şirket organizasyonunun hiyerarşik olarak en üst seviyesinde yer alan yönetim birimlerine yer verilmiş ve “üst yönetim” ve “üst düzey yönetim” olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiştir. Kurumsal yönetim ilkeleri hangi fonksiyonların hangi birime tevdi edilmesi gerektiğini göstermektedir. Her ne kadar bu ilkelerde görevler bakımından eleştiriye açık yönler bulunsa da¹⁷⁵, icra birimi olan üst düzey yönetim ile görevleri belirleyip kontrol eden yönetim kurulu arasındaki fonksiyonel ayırım vurgulanmış ve yönetim kurulunun kontrol işlevine ağırlık verilmiştir. Bu işlevin etkin bir şekilde yerine getirilmesi ise, yetki sahibi olan birimin, başka birim tarafından kontrol edilmesi ve bunlar arasında organik bir bağ bulunmaması ile sağlanılabilir.

İsviçre hukukunda bu özel durum gözetilerek, münhasıran bankalarda üst yönetim, gözetim ve kontrol birimi olan yönetim kurulu ile icra birimi

¹⁷¹ Erny, s. 131

¹⁷² Yönetim kurulu üst yönetim görevini icra ederken belirleyeceği stratejiler için yardım alabilir ve belirlenen stratejiyi bizzat uygulamak zorunda olmayıp, uygulamayı devredebilir. Bkz. Erny, s. 129 vd.

¹⁷³ Bkz. TTKT m. 375 gerekçesi

¹⁷⁴ Erny, s. 129

¹⁷⁵ Bkz. İlke 3. Burada yönetim kurulunun görevlerini düzenlenirken, kendi kendini sorgulamasından bahsedilmektedir.

arasında organik bağlantının bulunmaması gereği yasal olarak düzenlenmiştir (BankG Art. 3 II a; BankV Art. 7). Bu durum, anonim şirketlere nazaran bankalar için maddi bakımdan nitelikli gereksinimlerin sözkonusu olduğu ve bankaların organizasyon biçiminin, yer yer OR hükümlerinin uygulanmasına yer kalmayacak biçimde BankG ve BankV tarafından özel ve kapsamlı biçimde düzenlendiği anlamına gelmektedir¹⁷⁶.

4. Kurumsal Yönetim İlkelerine Göre Yönetici Kavramı

Türkiye’de yayımlanan kurumsal yönetim ilkeleri yönetim organizasyonunu biçimlendirmek bakımından yönlendirici bir etkiye sahiptir. Ancak yönetici kavramı sadece Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yayınlanan kurumsal yönetim ilkelerinde tanımlanmıştır. Buna göre yönetici, *“şirketin icra başkanı/genel müdürü, genel koordinatör dahil, bunların yardımcıları, şirketin organizasyon şemasında yer alan ana birimlerin başında bulunan personel ve bunların yardımcıları, ayrıca yönetimde söz sahibi olan yönetim kurulu başkanına veya icra başkanı/genel müdüre doğrudan bağlı olarak çalışan personel ile birlikte danışman gibi diğer personel”*dir.¹⁷⁷

Burada yönetici hakkında yapılan tanımlama, Bankacılık Kanunundaki tanımlamadan kısmen daha geniş olmakla birlikte, sorumluluk hukuku bakımından bir sonuç doğurmamaktadır. Sözkonusu tanımlama özü itibarıyla, yönetim kurulu haricinde kalan ve günlük işlerle sorumlu birimlerin hiyerarşik bakımdan en üstünde bulunan kimselerle, bunların yardımcılarını yönetici olarak kabul etmektedir. Bu haliyle Sermaye Piyasası mevzuatının da desteğiyle Türkiye’de uygulama kabiliyeti bulan en kapsamlı kurumsal yönetim ilkeleri, yöneticiyi, ticari işletmenin idaresinde rol alan kimseler olarak tanımlamaktadır.

Tanımın eleştiriye açık olan yönü, sınırlarının tam olarak çizilmemiş olması ve somut olaya göre sınırları belirleyecek bir ölçüyü içermemesidir. Danışman gibi görevlilerin de yönetici kapsamına sokulması, yapılan

¹⁷⁶ Emmenegger/Geiger, Rn. 4

¹⁷⁷ <http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=66&fn=66.pdf> ET. 27.10.2009

tanımdan hareketle müşterek unsurların ortaya çıkarılmasını engellemektedir.

II. YÖNETİCİ-ORGAN İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

Organ kavramı hakkında yasal bir tanım bulunmamaktadır¹⁷⁸. Öğretide kavram hakkında farklı tanımlara tesadüf edilmektedir ve genel eğilim kavramın geniş yorumlanması yönündedir. Bu kapsamda organ “*bir tüzel kişide kanun, esas sözleşme veya bunlardan türetilen bir talimatname ile tüzel kişiye ait görevlerin ifası için görevlendirilen veya dışarıdan anlaşılabilir şekilde bu tür görevleri fiilen ifa eden kimselerdir*”¹⁷⁹. Tanım şekli anlamı aşan, maddi bir içeriğe sahiptir. Sadece şekli görevlendirme yeterli görülmeyip, tüzel kişi için önemli ve zaruri addedilen görevleri, bağımsız olarak yerine getirebilecek konumda bulunan kimseler de organ kabul edilmektedir ve temsil yetkisinin bulunması mutlak bir şart olarak aranmamaktadır¹⁸⁰. Kavramın bir davranışın tüzel kişiye isnat edilebilir olması bakımından organ kavramını kapsadığı kabul edilmelidir (TMK m. 48/II; TTK m. 321/V).

B. Türleri

Anonim şirketler ve tüzel kişilere ilişkin yasal düzenlemenin kaynağını teşkil eden İsviçre borçlar hukukunda, organ kavramı üç farklı anlama sahiptir¹⁸¹. İlk, işlev sahibini ya da bir işlevi yerine getireni (funktionsträger) ifade etmek için kullanılmaktadır¹⁸². Anonim şirket organizasyonunda yer

¹⁷⁸ Organ kavramı hakkında ayrıntılı açıklamalar için Bkz. **Özta**n, Bilge, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 1970, s. 3 vd.

¹⁷⁹ **Forstmoser**, Peter, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, Zürich, 1987, s. 207

¹⁸⁰ **Çamoğlu** (Sorumluluk, 2007), s. 32

¹⁸¹ Organın oluşumu bakımından ise şekli ve maddi olmak üzere başlıca iki kriterden hareket edilmektedir. Bkz. **Özta**n, s. 28 vd.

¹⁸² **Forstmoser**, Peter, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern, 1982, (s. 125-150), s. 126: **Forstmoser**, (Verantwortlichkeit, 1987), s. 205:

aldığı kabul edilen yasal organlardan¹⁸³ her biri bir işlevi yerine getirmek üzere oluşturulmuştur. Türk Medeni Kanunu'nun 49. ve TTK'nın 435. maddesinde, organın bu ilk anlamına uygun olarak kullanılmaktadır.

İkinci olarak organ, daha sınırlı bir içeriğe sahiptir ve tüzel kişilerde dışa karşı davranışta bulunma yetkisine sahip kimseleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Tüzel kişide icra organı denildiğinde kastedilen esas itibariyle organ kavramının bu anlamıdır ve tüzel kişi adına eylemde bulunanların, özellikle de haksız fiilde bulunanların eylemlerinden, tüzel kişinin sorumlu olması bakımından önem taşır¹⁸⁴. TMK m. 49/l'de yer alan organ kavramı, bu anlamda kullanıma örnek teşkil etmektedir. Her ne kadar TTK'da açıkça organ olarak zikredilmese de, TTK m. 321/V'de "temsile ve idareye yetkili olanlar" ibaresiyle, ikinci anlamda organ kastedilmektedir¹⁸⁵.

Organ kavramı üçüncü olarak anonim şirketler hukukunda iç ilişkide sorumluluğu bulunan kimseleri ifade etmek için kullanılmaktadır¹⁸⁶. Bu kullanım yönetim ve denetimde görevli olan kimseleri kapsayacak bir içeriğe sahiptir¹⁸⁷. Türk hukuk öğretisinde organ kavramının bu şekilde kullanımı konusunda Helvacı "olgu organ" kavramına vurgu yapmakta ve özellikle TTK m.321/V'den esinlenmektedir¹⁸⁸.

İsviçre hukukunda öğretilerdeki eski eğilim, kavramın iki ve üçüncü anlamının örtüştüğü yönünde olmakla birlikte, yeni öğreti kavramların özü itibariyle benzer olduğunu ancak kısmen farklılıklar arzettiğini kabul etmektedir¹⁸⁹. Özellikle içe karşı sorumluluğu olan kimselerle, şirketi dışa karşı sorumlu kılan kimselerin örtüşmediği yeni öğretilerde *Druey* tarafından

¹⁸³ TTK'da zorunlu organlar, bu isim altında açıkça sayılmamakla birlikte, kanunun çeşitli maddelerinde organ kavramının kullanılması da gözetilerek genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulunun zorunlu organlar olduğu kabul edilmektedir.

¹⁸⁴ **Forstmoser**, (Organbegriff, 1982), s. 126; **Forstmoser**, (Verantwortlichkeit, 1987), s. 205,206

¹⁸⁵ Kaynak ZGB 55 ve aOR 718/III'deki kullanımların bu anlama uygun olduğu hakkında bkz. **Forstmoser**, (Organbegriff, 1982), s. 126, dn. 4

¹⁸⁶ İsviçre öğretisinde bu konudaki görüşler için bkz. **Forstmoser**, (Verantwortlichkeit, 1987), s. 206 vd.

¹⁸⁷ İsviçre hukukunda anonim şirket organ sorumluluğu, öğretilerde anonim şirketlere ilişkin sorumluluk (*aktienrechtliche Verantwortlichkeit*) adı altında incelenmektedir.

¹⁸⁸ Bkz. **Helvacı**, s. 9 vd.

¹⁸⁹ Görüşler için bkz. **Forstmoser**, (Verantwortlichkeit, 1987), s. 206 vd.

vurgulanmaktadır¹⁹⁰. Yazara göre geleneksel organ, belli gerçek kişilerin davranışlarının şirkete isnat edilmesi için bir araç olarak kullanılır ve dışa karşı bir etkiye sahiptir. Oysa sorumluluk hukuku bakımından organ kavramı, daha sınırlı bir amaca hizmet etmektedir ve amacı sorumluluk kurmak değil, sorumluluğu ileri sürülme biçimi, zamanaşımı, yetki ve sair açılardan şekillendirmektir. Özellikle organın bir yükümlülüğü bulunan hallerde bunu gerçekleştirmemesi, sorumluluk hukukundaki organ kavramı ile şirketi dışa karşı sorumlu kılan organ kavramının farkını açık şekilde ortaya koymaktadır¹⁹¹.

C. Sorumluluk Hukuku Yönünden Organ Kavramı

Yukarıda değinildiği üzere organ kavramının ikinci ve üçüncü anlamı kapsamında yer alan kimseler kaideten örtüşür ancak bunların kapsamı değişebilmektedir. Örtüştükleri nokta, her ikisinde de maddi ve şekli anlamda organ kavramının bulunması ve bu kapsam içerisinde yer alan şahısların aynı olması; farklı yönleri ise, sorumluluk hukuku bakımından dışa karşı organ sıfatının bulunduğu görünümünü uyandıran kimsenin de organ olmasıdır¹⁹².

Şekli anlamda organ sıfatı, seçimin yapılıp, seçilen gerçek kişinin ticaret siciline tesciliyle kazanılmaktadır. Tescil edilen kimsenin sahip olduğu yetkiler ve bunun kapsamı önem taşımamaktadır¹⁹³.

Maddi anlamda organ, şirket iradesinin oluşumuna belirleyici ve etkili bir şekilde katılımla kurulur¹⁹⁴. "*Esaslı şekilde anonim şirketin iradesinin oluşumuna katılan ve şirketsel görevleri bağımsız olarak icra eden*" her şahıs da anonim şirketlere ilişkin sorumluluğa tabidir¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Bkz. **Druey**, Jean Nicolas, Organ und Organisation, Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organshaft, SAG. 53 1981, (s. 77-87), s. 77; Aynı yönde **Forstmoser**, (Verantwortlichkeit, 1987), s. 206; **Bärtschi**, Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich, 2001, s. 95,96

¹⁹¹ **Druey**, s. 77

¹⁹² **Forstmoser**, (Organbegriff, 1982), s. 150

¹⁹³ **Forstmoser**, (Verantwortlichkeit, 1987), s. 209 vd.

¹⁹⁴ **Forstmoser**, (Verantwortlichkeit, 1987), s. 208

¹⁹⁵ **Forstmoser**, (Verantwortlichkeit, 1987), s. 210 vd.

Görünüşte organ ise, beyanı ya da davranışı nedeniyle üçüncü kişilerde, organ yetkilerinin kendisinde bulunduğu kanaatinin uyandırılması ile doğar¹⁹⁶.

D. Bankacılık Kanununda Yer Alan Yönetici Tanımının Organ Kavramı İle Mukayesesi

Bankacılık Kanunu sorumlu kimseleri ifade etmek için yönetici kavramını tercih etmiş olsa da, yöneticilerin organ niteliği taşıyan kimselerle aynı olup olmadığının incelenmesi, sorumlulukta davalı sıfatının kapsamını belirlemek bakımından önem taşımaktadır.

Kanunda yönetici kavramı esasen şekli kriter kullanılmak suretiyle tanımlanmış ve belli bazı ünvanları taşıyanlar yönetici olarak kabul edilmiştir. Bunlar yönetim kurulu üyeleri ve prensip itibariyle banka işletmesinde üst derecede yönetim işlerini gerçekleştiren kimselerdir. Açıkça isimleri zikredilen kimselerin yönetici olarak tesbitinde güçlük bulunmamaktadır.

Kanun şekli kriterle yetinmeyip, şeklen çerçevesini çizdikten sonra *“imza yetkisine sahip...genel müdürlük merkez teşkilatında...faaliyet gösteren birimlerin yöneticileri”*ni de yönetici olarak nitelendirmektedir. Bu düzenlemeyle, faaliyet çevresi yer itibariyle sınırlanmak kaydıyla, maddi tanımlama yapılmıştır¹⁹⁷. Fakat birim yöneticisinin neyi ifade ettiği hususunda yasal boşluk bulunduğundan, yönetici sıfatının tayin edilmesinde güçlük bulunmaktadır. Yine Bankacılık Kanunu m. 25’de genel müdür yardımcısına eş ve daha üst konumlarda bulunanların da genel müdür yardımcılara ilişkin hükümlere tabi olduğu öngörülmektedir. Dolayısıyla genel müdür yardımcısının sahip olduğu yetkileri kullanan görevliler, bu sıfatı taşımasa da yönetici olarak kabul edilecektir. Ancak *“birim yöneticisi”* gibi, *“genel müdür yardımcısına denk...konumda”* bulunanma kavramı da belirsizlik içermektedir. Belirsizlik, uygulamadaki kurumların kapsamı belirlenmeksizin

¹⁹⁶ Forstmoser, (Verantwortlichkeit, 1987), s. 214 vd.

¹⁹⁷ Kanun metninde sorumluların maddi bakımdan genişletilmesine yönelik bir eğilim bulunmaktadır. Bu, sadece şekli anlamda yönetici olarak görünenlerin değil, maddi olarak yönetim işlerine katılanların da aynı sorumluluğa tabi olması gerekliliğinden kaynaklanan isabetli bir yaklaşımdır. İsviçre anonim şirket sorumluluk hukukuna ilişkin aynı yönde bkz. Druey, s. 78

doğrudan kanuna aktarılmasından kaynaklanmaktadır. Organizasyona ilişkin uygulama, sağlanan elastikiyet sayesinde her bankaya göre değişiklik arz etmektedir. Bu nedenle ilgililerin yönetici sıfatı taşıyıp taşımadığı, her bir somut olaya göre banka organizasyon yapısı incelenmek suretiyle belirlenecektir.

Maddi anlamda organ kavramı bakımından, hiyerarşik olarak alt seviyede bulunanların durumu önem taşımaktadır. Alt seviyede görevli olup da, üst seviyedeki merciin alacağı kararın hazırlanması ve öneri safhasında geniş ölçüde belirleyici olan ve bu sayede maddi anlamda kararı oluşturanlar, organ kapsamına dahildir¹⁹⁸. Bankacılık Kanunu düzenlemesinin, birim yöneticilerini bu kapsama alması böyle bir amaca yöneliktir. Ancak bir işletmede hiyerarşik olarak çok daha alt seviyelerde çalışan kimseler de kararın oluşmasına önemli ölçüde etkide bulunabilir. Bunu bilgi toplamak, takipte bulunmak, teknik ya da işletme politikasına ilişkin değerlendirmede bulunmak suretiyle gerçekleştirebilirler¹⁹⁹. Bunların tamamının organ kavramı kapsamında yer alması düşünülemez. Bu nedenle hiyerarşik olarak üst seviyede bulunan belirli bir grubun organ olarak kabul edilmesi gerekmektedir²⁰⁰. Bankacılık Kanunu yöneticiyi tanımlamak için “yönetici” kavramına müracaat etmiş olmakla birlikte, bunun üst seviyedeki bir grup olduğunu, sınırlarını çizmek suretiyle belirlemiştir. Bu bakımdan kanunda yer alan yönetici deyimini, maddi anlamda organı ifade edecek şekilde anlamak mümkündür²⁰¹.

Öte yandan hakim ortaklar da yöneticilerle birlikte kanunun 110. maddesinde yer alan şahsi sorumluluğa tabi kılınmıştır. Bunların, kural olarak, organ vasfı bulunmamaktadır. Ancak karar alma sürecine etkide bulunmaları mümkün olduğundan, bunların sorumluluğu yöneticilerle aynı esaslara tabi kılınmıştır. Hakim ortaklar eğer kararların alınmasında etkide

¹⁹⁸ Druey, s. 78

¹⁹⁹ Druey, s. 78

²⁰⁰ Druey, s. 78

²⁰¹ Tabiidir ki kanunda öngörülen şekli sınırlama çerçevesinde bu sıfat kazanılacaktır. Ancak şube müdürlerinin kanunen yönetici olarak kabul edilmesi, organ kavramı kapsamından çıkış olarak değerlendirilebilir.

bulunma imkanına sahiplerse, maddi anlamda organ kavramı kapsamında değerlendirilmeleri mümkündür.

Netice itibariyle Bankacılık Kanunundaki yönetici tanımı, sorumluluk hukuku bakımından geçerli olan bir organ tanımı oluşturmaktadır ve bu tanım bir yandan şekli, diğer yandan da sınırları çizilmiş maddi organı kapsamaktadır. Ancak organ kavramıyla tam bir örtüşme sözkonusu değildir.

III. BANKALARIN YÖNETİM YAPISI VE MÜNFERİT YÖNETİCİLER

A. Bankaların Yönetim Yapısı

1. Anonim Şirketler Hukukunda Yönetim Modelleri

Anonim şirketler hukukundan yönetim modelleri ya da yönetimin yapılanma modelleri denildiğinde, bundan esas itibariyle şirket tüzel kişiliği içerisinde işlev sahibi organın, somut olarak da yönetim kurulunun yapılanması kastolunur.

Yönetim kurulunun yapılandırılması konusunda farklı sistemler bulunmaktadır. Bu sistemler hakkında en çok kabul gören sınıflandırma hakkında öğretilerde monist-dualist sistem²⁰², tek dereceli-iki dereceli sistem, tek organlı-iki organlı sistem²⁰³, *board* sistemi, ikili alman sistemi²⁰⁴ gibi farklı terimler kullanılmaktadır.

Board sistemi²⁰⁵ Anglo-Sakson hukuk çevresinde yaygın olup, yönetim kurulunu oluşturan üyelerin bir kısmı (*executive-inside directors*) icrai yetkilere sahipken, diğer bir kısmı (*outside directors*) gözetim görevini yerine getirirler. Ancak her iki grup üye de yönetim kurulu toplantılarına katılarak oy kullanabilir²⁰⁶. *Chairman of Board* da *inside* ve *outside directors*'un üyeleri tarafından seçilir. Şirket yönetimi *Board* ve yetkilileri tarafından yerine getirildiğinden, pay sahipleri sınırlı bir etkiye sahiptir. Bu nedenle "şirket

²⁰² Akdağ-Güney, s. 17 vd.

²⁰³ Pulaşlı, (Şirketler Hukuku, 2003), s. 392 vd.

²⁰⁴ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 29, N 15 ff.

²⁰⁵ *Board* sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, Hasan, Anonim Şirketler Hukukunda CEO'nun Hukuki Durumu, BATİDER, C. XXIV, Y. 2007, Sa. 1, (s. 17-62), s. 18 vd.

²⁰⁶ Akdağ-Güney, s. 17

gücü”nün (*corporate power*) *Board* ve müdürlerinde olduğu öğretilerde kabul edilmektedir²⁰⁷.

Alman hukuk sistemi ve etkide bulunduğu çevrede uygulanan ikili sistemde yönetim organı ikiye bölünmüştür. *Aufsichtsrat* adı verilen gözetim organının asli görevi *Vorstand* adını taşıyan yönetim organına nezaret etmektir.

Her iki sistem arasında ayırım, yönetim organının yapılanmasında yönetim ve temsil ile gözetim görevlerinin dağılması bakımından yapılmaktadır²⁰⁸. Ayrıntılar dikkate alındığında, aynen iktibaslar haricinde, her ülkede geçerli olan sistem farklılar arz etmektedir. Nitekim İsviçre-Türk hukuk sistemindeki yönetim yapılanması da kendine has özellikler içermektedir. Sistemde tekli yapılanma sözkonusudur ve tek kurul, yönetim ve gözetim fonksiyonunu gerçekleştirmektedir. Ancak, yönetim organizasyonunun şekillendirilmesi bakımından geniş imkânlar mevcuttur. Bu kapsamda yönetim kurulu içerisinde üyelerin bir kısmı yönetim ve temsilde görevlendirilip, bir kısmı gözetimle görevlendirilirse, *Board* sistemine benzeyen bir yapılanma ortaya çıkar. Yönetim (*Geschäftsführung*) ve temsil yetkisinin büyük ölçüde yönetim kurulu üyesi olmayan müdürlere devredilmesi sonucu *ikili Alman sistemine* yaklaşılmış olur. Murahhas azalardan biri için oldukça geniş yetkiler kabul edilip yönetim kurulu başkanlığı görevi verildiğinde, Fransız hukukundaki genel müdür (*Président Directeur Général*) sistemindekine benzer bir yapılanma ortaya çıkar²⁰⁹.

2. Bankalarda Yönetim Yapılanması

Anonim şirket yönetim organizasyonu bakımından kaynak İsviçre’deki düzenlemeler hukumuza iktibas edilmekle birlikte, banka hukukundaki yönetim yapılanması hakkında İsviçre’deki özel yapılanma biçiminden yararlanılmamıştır.

İsviçre’de bankaların yönetim yapısı anonim şirket yönetimindeki yapıdan farklı olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda İsviçre Bankalar Kanunu

²⁰⁷ Bkz. Pulaşlı, (CEO, 2007), s. 18-20

²⁰⁸ Bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 29, N 10 ff.

²⁰⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 29, N 10 ff.

“...işletme amacı ya da işlerin kapsamı gerektiriyorsa, işletme yönetimi için ayrı; üst yönetim, denetim ve gözetim için ayrı organlara...” yer verilmesini öngörmektedir (BankG. 3/II,a). Buna gerekçe olarak bankacılık işlemlerinin özel bir risk ihtiva etmesi, hızlı karar alınması, etkili bir gözetim, denetim ve açık bir görev dağılımının gerekliliği gösterilmektedir²¹⁰. Bu işlevsel ayrımın yanı sıra şahıs bakımından da ayrılık kabul edilmektedir. Başka deyişle bu organlardan birinde görev alan bir şahsın, diğer organda görev alması mümkün değildir (BankV 8/II). Bu yüzden bankalarda idare işlerini yürütmek üzere murahhas atanması mümkün değildir ve Alman gözetim (*Aufsichtsrat*) sistemine yaklaşılmaktadır²¹¹.

Türk hukukunda da bankaların yönetim organizasyonu bakımından anonim şirketler temel alınmakla birlikte, farklı esaslara yer verilmiştir. Bankalarda yönetim kurulunun yanı sıra alt kurulların, genel müdürlük makamı ve teşkilatının kurulması yasal olarak öngörülmektedir. Kanunda açık görev dağılımı yapılmamakla birlikte, genel müdürlük ve teşkilatının görev ve yetkilerinin günlük işlere hasredildiği kabul edilmelidir. Bu bakımdan üst yönetim yapılanmasında günlük işleri icra eden bir genel müdürlük teşkilatı ve politika belirleyip denetim görevini icra eden bir yönetim kurulu görülmektedir. Ancak bu sınırları kanunen ayrılmış bir yapılanma olmadığı gibi, İsviçre hukukunda olduğu gibi personel ayrımı da bulunmamaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin murahhas üye atamak suretiyle veya doğrudan günlük işlerle meşgul olması mümkün olduğu gibi, genel müdürlük teşkilatının başı olan genel müdürün, banka stratejik yönetimi, gözetimi ve sair açılardan yönetim kuruluna müdahale etmesi de mümkündür (Bank.K m. 23). Bu durum, kimsenin kendisinin gözetlerken objektif davranamayacağı şeklindeki esasla çelişmektedir.

Türk hukukunda kanun koyucu bankalar için farklı bir yönetim yapılanmasını amaçlamakla birlikte, bu yapılanmada görev ve yetkiler açıkça belirlenmeyip uygulamaya bırakılmaktadır. Ancak görev ve yetkilerdeki belirsizlik, kurumsal yönetim ilkeleri ile bağdaşmadığı gibi hukuki belirsizlik ve

²¹⁰ Kleiner, s. 256

²¹¹ Fehr, Josef, Führung und Leitung einer Bankaktiengesellschaft, Bern, Stuttgart, Wien, 1995, s. 16

güvensizliğin doğmasına yol açabilecektir. Yetkileri belirli olmayan ve sadece ismen kanunda yer alan görevlilerin yetkileri, yönetim kurulu tarafından kaldırılıp, kanunen öngörülen görevlilerin sadece şeklen muhafazası sağlanabilir. Bu durumda mevcut hukuk kuralının içeriği uygulamaya göre şekilleneceğinden, hukukun şahsa, zamana ve şartlara göre değişmesi tehlikesi bulunmaktadır.

B. Münferit Yöneticiler

1. Yönetim Kurulu Üyeleri

a. Genel Olarak

Bankacılık Kanunu'nun yönetici olarak nitelediği kimselerin başında yönetim kurulu üyeleri gelmektedir. Anonim şirket şeklinde örgütlenme zorunluluğu bulunan bankalarda yönetim kurulu üyelerinin organizasyon içerisindeki yeri hakkında Bankacılık Kanununda özel düzenlemeler bulunmadığından, buna ilişkin esaslar TTK hükümleri çerçevesinde belirlenecektir (Bank.K m.2/son).

Banka yönetim kurulu üyelerinin, klasik anonim şirket yönetim kurulu üyelerinden farklılık gösteren ve sorumluluk hukuku bakımından da önem taşıyan bazı özellikleri bulunmaktadır:

Banka yönetim kurulunda asgari üye sayısı beş olarak belirlenmiştir (Bank.K m.23/1). Bundan çıkan sonuç, anonim şirket yönetim kurulunun üstlendiği görevlerin bu sayıdan daha az üye ile yerine getirilemeyeceğidir. Üye sayısının üst sınırı yasal olarak belli değildir. Ancak işlerin yürütülmesine engel olacak derecede üye sayısı belirlenmemesi gerekmektedir.

Bankaların faaliyetlerinin sadece kendi işletmelerini değil, geniş bir mevduat sahibi kitlesini, ülke ekonomisini ve bankacılık sisteminin istikrar ve güvenini etkileyebilecek mahiyet taşıması nedeniyle²¹², yönetim kurulunu oluşturan üyelerin, üstlendikleri görevleri icra edecek ehliyet, kabiliyet ve vasıfları şahıslarında bulundurması gerekmektedir. Bu bakımdan üyelerin taşıması gereken nitelikler özel olarak belirlenmiş, üyelerin tamamının,

²¹² 7129 sayılı Kanun Gerekçesi, XI. Devre TBMM Zabıt Ceridesi, sıra sayısı 121

görevin icrası için kendilerine güven duyulabileceğini gösteren şartları (Bank.K m. 23/I,son; 8/I,a-d); yarıdan bir fazlasının²¹³ ise gerekli bilgi ve tecrübeye sahip olduklarını ispatlayan şartları taşımaları gerekmektedir (Bank.K m. 23/I,3; 25, 26). Banka yönetim kurulu üyelerinin *nitelikli şartlar* taşımaları gerekmektedir ve şartları taşımayanların atanması halinde, bu atama *ex lege* hükümsüzdür²¹⁴. Aynı şekilde görev süresi devam ederken şartların yitirilmesi halinde görev, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın düşer²¹⁵.

Üyelerin seçimi ve göreve başlaması konusunda TTK hükümleri geçerli olmakla birlikte, seçilen üyelerin BDDK'ya bildirilmesi gerekmektedir (Bank.K m. 23/I). Bildirimin gayesi, kanunda aranan şartların mevcut olup olmadığının BDDK tarafından incelenmesine olanak sağlamaktır ve BDDK'nın izin ve sair adlar altında onay vermesi sözkonusu değildir. Başka deyişle bildirim, üyelerin göreve başlamasına engel teşkil etmemektedir. Ancak bankanın kuruluş şartları arasında banka organizasyon yapısına ilişkin hükümler de bulunduğu²¹⁶, BDDK organizasyon yapısındaki eksiklik nedeniyle yönetim kurulu üye seçimini kabul etmeyebilir. Bu durum, kurulun onay verme yetkisinin bulunmasından değil, kanunun organizasyona ilişkin amir hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Buna karşın *yemin* etmemiş olmak yönetim kurulu üyelerinin göreve başlamalarına engel teşkil etmektedir (Bank.K m.27/I).

Yönetim kurulunun oluşumu bakımından klasik anonim ortaklıklardan farklı ve nitelikli esaslara yer verilmesi, kanun koyucunun işlerin özenle yürütülmesine verdiği önemin bir göstergesidir ve sorumluluk hukuku bakımından bu önemin dikkate alınması gerekmektedir²¹⁷.

²¹³ Bank.K m. 23/I,3 hükmü TTK m. 330/I,1 ile aynı lafzı taşıdığından, burada TTK m. 330/I,3 için Yargıtay uygulamasında da benimsenen çözümün kabul edilmesi gerektiği ve basit çoğunluğun yeterli olmayacağı kanaatindeyiz. Aynı görüşte, **Alıcı**, s. 257

²¹⁴ **Reisoğlu**, s. 380

²¹⁵ **Reisoğlu**, s. 381

²¹⁶ Örneğin denetim komitesi üyeleri için aranan şartlar mevcut olmayacak şekilde yönetim kurulu oluşturulması hali. Krş. **Reisoğlu**, s. 414

²¹⁷ Bölüm III, § 7, II'deki açıklamalara bakınız.

b. İcrai Görevi Olan Yönetim Kurulu Üyesi

Bankacılık Kanunu'nun 24/l. maddesinde ve Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesinde TTK'da yer almayan bir yönetim kurulu üyesine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Buna göre yönetim kurulu üyeleri icrai görevi olan ve olmayan şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır. İcrai görevi bulunmayan yönetim kurulu üyesi, "*kendisine bağlı icrai mahiyette faaliyet gösteren bir birim bulunmayan*" yönetim kurulu üyesini ifade etmektedir (BİSY.m.3). Dolayısıyla kendisine bağlı icrai mahiyette faaliyet gösteren bir birim bulunan yönetim kurulu üyesi, icrai görevi bulunan yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilecektir.

İcrai görevi bulunmayan yönetim kurulu üyeleri, özellikle denetim komitesinin oluşumu bakımından önem taşımaktadır ve bu komite üyelerinin icrai görevi bulunmayan yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulması zorunludur(Bank.K m. 24/l). Düzenleme, denetim komitesi tarafından gerçekleştirilecek gözetim faaliyetlerinde görevlendirilecek üyelerin, sadece bu faaliyete özgülenmesini amaçlamaktadır. Öte yandan, gelir getirici faaliyette bulunan yönetim kurulu üyesinin²¹⁸, kendi biriminin faaliyetlerini gözetmesinde, tarafsızlıktan şüpheyi gerektiren bir neden ortaya çıkmış olacaktır. Düzenleme bu yönüyle, denetim komitesinin kendi faaliyetlerinin tarafsızlığını sağlamayı hedeflemektedir²¹⁹.

İlgili üyenin gelir getirici başkaca bir faaliyetle görevlendirilmemesi, mesaisini bu faaliyete yönlendirmesini gerektirdiğinden, üyenin dikkat ve çalışmaları, gözetim haricinde gelir getirmeyen başkaca faaliyetlere mümkün olduğunca yönlendirilmemelidir²²⁰. Başkaca görevlerin de denetim komitesi üyesi tarafından yerine getiriliyor olması, sorumluluk hukuku bakımından üyeye bir savunma imkanı vermez. Bu nedenle denetim komitesi üyelerinin, denetim komitesindeki görevlerini aksatacak seviyede görevlerin kendilerine

²¹⁸ Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik, icrai mahiyette faaliyet gösteren birimi, "*doğrudan gelir getirici faaliyetlerin icra edildiği birim*" şeklinde tanımlamaktadır(m. 3/I,f).

²¹⁹ Tarafsızlığı sağlamaya yönelik tedbirler bakımından BİSY. m.6'da bu üyelerin taşınması gereken nitelikler belirtilmiştir.

²²⁰ Nitekim komitenin hukuken tanzim edilmiş görevleri, başkaca faaliyetlerin komite üyeleri tarafından yerine getirilmesine engel olacak kapsamdadır. Bkz. BİSY. m. 7

yüklenmemesini talep etme hak ve yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir.

c. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyesi

Kurumsal yönetim ilkelerindeki gelişimin bir sonucu olarak ortaya çıkan bağımsız yönetim kurulu üyelerinin²²¹, sahip oldukları özellikler dolayısıyla şirket içi menfaatlerin değerlendirilmesinde doğal bir objektifliğe ve tarafsızlığa sahip oldukları düşünülmekte, bağımsızlığın özellikle pay sahipleri ve yönetimde söz sahibi olmayan menfaat sahiplerinin çıkarları açısından bir teminat oluşturduğu öğretilmektedir²²².

Bağımsız yönetim kurulu üyesi Türk pozitif hukukunda tanzim edilmiş olmakla birlikte²²³, bankacılık mevzuatında bu isim altında bir üye öngörülmemiştir. Ancak 2006 yılında çıkarılan bir BDDK kararında²²⁴ ve akabinde BİSY. m. 6/l'de, denetim komitesi üyelerinin nitelikleri bakımından

²²¹ Kavrama ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Özkorkut**, Korkut; Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara, ISBN: 978-975-537-178-8, s. 23 vd.

²²² Ancak ABD.'de yapılan araştırmalarda, bu yöneticilerin, şirket performansını artırma yönünden başarıları kanıtlanamamıştır. Bkz. **Özkorkut**, s. 195

²²³ Bu kapsamda örnek olarak bkz. SPK. Seri VI, No: 11 Sa. Teb., m. 4; Seri VI, No: 24 Sa. Teb., m. 16.

²²⁴ BDDK karar no: 1918, RG. 7.7.2006 T., 26221 Sa. Kararda “yönetim kurulu tarafından denetim komitesine seçilecek icrai görevi bulunmayan yönetim kurulu üyelerinin;

a) Atamanın yapıldığı tarihten önceki son iki yıl da dahil olmak üzere;

1) Bankada icrai görevi bulunan yönetim kurulu üyelerinden olmaması,

2) İç denetim, iç kontrol, risk yönetimi, mali kontrol ve muhasebe birimlerinde görev yapanlar hariç, bankanın vekonsolidasyona tabi ortaklıklarının personeli olmaması,

3) Bankanın ve konsolidasyona tabi ortaklıklarının bağımsız denetimini yapan kuruluşların ortağı veya personeli olmaması veya bağımsız denetim sürecinde yer almaması,

4) Bankaya ve konsolidasyona tabi ortaklıklarına danışmanlık veya destek hizmeti veren kuruluşların ortağı veya personeli olmaması veya bu hizmeti veren kişilerden olmaması,

b) Bankada ve konsolidasyona tabi ortaklıklarda nitelikli pay sahibi olmaması,

c) Hakim ortağın veya genel müdürün eşi veya ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) kan veya sıhrî hısımlı olmaması,

ç) Aralıklı veya sürekli olarak, 9 yıldan fazla bir süreyle aynı bankanın denetim komitesinde görev yapmış olmaması,

d) Ana sözleşme hükmüne veya genel kurul kararına dayalı olarak tüm personele kârdan yapılan ödemeler hariç olmak üzere, bankadan ve konsolidasyona tabi ortaklıklardan, bunların kârlılığına dayalı olarak herhangi bir ad altında ücret veya benzeri bir gelir almaması,

e) Lisans düzeyinde öğrenim görmüş olması ve bankacılık veya finans alanında en az on yıllık deneyime sahip olması,

f) Eş ve çocuklarının bankada veya konsolidasyona tabi ortaklıklarında genel müdür, genel müdür yardımcısı ve dengi pozisyonda yönetici olmaması ve (1) numaralı alt bendi hariç olmak üzere 1 inci maddenin (a) bendi ile (b) bendinde aranan nitelikleri haiz olması” zorunluluğu getirilmiştir.

bazı özel şartlara yer verilmiştir. Bu şartlar incelendiğinde, esasında öğretilerde bağımsız yönetim kurulu üyesi olarak isimlendirilen üyelere bulunması gerekli olan şartların, kararda denetim komitesi üyeleri açısından da arandığı sonucuna ulaşılmaktadır. Açıkça isimlendirilmese de karar, bankacılık mevzuatına bağımsız yönetim kurulu üyesini dahil etmiştir.

Yönetim kurulunun bağımsız üyeleri, çoğunluk menfaatleri karşısında, azınlık ve diğer çıkar gruplarının menfaatlerinin korunmasında teminat niteliği taşımakla birlikte, kanaatimizce dengenin sağlanması, yönetim kurulunun bağımsız üyelerinden ziyade, belli menfaatlerin korunmasını sağlayacak üyeler tarafından sağlanabilir. Şirket içerisinde küçük pay sahiplerinin çıkarlarının korunması bakımından, yönetimin faaliyetlerine engel olmayacak, ancak onlar üzerinde ciddi ve etkili bir denetimin icra edildiği hissini uyandıracak bir mekanizmaya ihtiyaç vardır. Özellikle yönetim kurulu, denetim kurulu ve denetim komitesi içerisinde küçük pay sahipleri tarafından atanan ve oy hakkı bulunmayan bağımlı bir üyenin bulunması, bu kimselerin hak ve çıkarlarına yönelik suiistimalleri engelleyebilecek ve menfaatler dengesinin sağlanmasına daha fazla yardımcı olacaktır.

d. Yönetim Kurulu Başkanı

TTK yönetim kurulu başkanının ve vekilinin seçilmesini yönetim kuruluna ait bir görev olarak düzenlemiştir²²⁵ (m.318/I). Ancak başkan ve işlevi hakkında kanunda çok sınırlı düzenleme bulunmaktadır. Bu kapsamda yönetim kurulu başkanlığı, yönetim kurulunu toplantıya davet eden (TTK m. 331/II) ve denetçilerin tesbit ettiği yolsuzluk ve hukuka aykırılıkların kendisine ihbar edildiği bir makamdır²²⁶ (TTK m. 354).

²²⁵ Yönetim kurulu üyelerinin hukuki niteliği ve uygulamadaki türleri hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **Pulaşlı**, Hasan, Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Yönetim Kurulu Üyelüğünün Temsili, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul, 2003, (s. 165-177), s. 165 vd.

²²⁶ İsviçre öğretisinde başkanın yasal görevleri toplantı hazırlıklarını ve çağrısını yapmak ve toplantıyı yönetmek, yönetim kurulu tarafından alınan kararları ve talimatları gerekli yerlere iletmek ve duyurmak, yönetim kuruluna yönelen açıklama ve bildirimleri almak ve üyelerin bilgisine sunmak, yasal temsil yetkisi olmamakla birlikte şirketi içeride ve dışarıda temsil etmek; acil ve gecikilmesinde sakınca olan hallerde toplantıya kadar yönetim kurulu adına hareket etmek ve gerekli talimatları, kararları ve önlemleri almak şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. **Bürge**, F. Wollfhart/Nordmann-

Bankacılık mevzuatında da yönetim kurulu başkanı ve vekiline yer verilmekle birlikte, TTK'da olduğu gibi oldukça sınırlı bir işlev öngörülmüştür. Bu kapsamda başkan finansal raporları imzalamakla yükümlüdür (Bank.K m. 39) ve bankayı, bankalar birliğinde temsil edebilecek kişilerden sadece birisidir (2006/10681 sayılı BKK m.5). Şu halde başkanın banka içerisinde üstlendiği fonksiyon yasal olarak oldukça sınırlıdır. Buna rağmen kanunen yönetim kurulu başkanlığı ile genel müdürlük görevini bağdaşmamaktadır (Bank.K m. 23). Bu durum, kurumsal yönetim ilkelerinden ve Avrupa Birliği direktiflerinden hareketle *“genel müdürün yönetim kurulu tarafından belirlenen politikalar çerçevesinde hareket etmesinin sağlanmasında, yönetimin bankanın faaliyetlerini yeterince ve gereğince değerlendirmesinde ve söz konusu politikaların uygulanmasında yaşanabilecek zorluklar dikkate alınarak bu görevlerin aynı kişi tarafından icra edilemeyeceği”* düşüncesiyle gerekçelendirilmektedir²²⁷.

e. Murahhas Üye

Bankacılık Kanunu'nun öngördüğü yönetim organizasyonunda murahhas üye de bulunmakla birlikte, murahhas üyenin hukuki niteliği ve görevleri hakkında her hangi bir açıklamaya yer verilmemiştir (Bank.K m. 23/I).

TTK'ya göre temsil yetkisinin ve idare işlerinin kısmen ya da tamamen murahhaslara devri mümkündür (TTK m.319/II). Madde temsil yetkisi ve yönetim ayrımı yapmaksızın her ikisinin de murahhaslara devredilebileceğini öngörmüştür. Devir esas sözleşmesel bir dayanak gerektirir ve asıl yetki genel kurula aittir. Ancak bu konuda esas sözleşme ile yönetim kuruluna ya da genel kurula yetki verilebilir.

Devir ile birlikte ilgili alandaki tüm yetki ve hukuki sorumluluk murahhasa geçer. Bu durumda yönetim kurulunun sadece ilgili sahada

Zimmermann, U, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/2, Art.: 698-738, Zürich, 1979, s. 623,624

²²⁷ Bkz. Bankacılık Kanunu 23. madde gerekçesi.

murahhası gözetim yükümü varlığını korur²²⁸. Ancak yönetim kurulunun devri mümkün olmayıp bizzat icra etmesi gereken görevler murahhas üyeye devredilemez²²⁹.

TTK'daki bu genel esaslar, banka murahhas üyeleri için de geçerlidir. Bankacılık Kanunu'nun bu hususta getirdiği yenilik, devri kabil olmayan görevlerin kapsamını genişletmektir. Kurumsal yönetim ilkelerinden hareketle sevkedilen bazı hükümlerde bizzat yönetim kuruluna tevdi edilmiş görevler bulunmaktadır²³⁰. Denetim ve gözetim faaliyetleri, banka organizasyon şemasının oluşturulup görev ve yetkilerin belirlenmesi, iç sistemlerin oluşturulması ve etkinliğinin sağlanması, karar defterinin tutulması, finansal raporlama sisteminin güvence altına alınması, kredi politikaları oluşturup takip edilmesi, gözetim otoritesince yapılması talep edilen hususların yerine getirilmesi (Bank.K m. 23/son, 24,30,31,32,41,51,68,69,) banka yönetim kurulunun devredilmez görevleri arasındadır. Öte yandan kredi açma yetkisi yönetim kuruluna ait temel yetkilerden olup, bunun devrine ilişkin esaslar özel olarak düzenlendiğinden ve sadece kredi komitesine veya genel müdürlüğe devri öngörüldüğünden, bu yetkinin murahhas üyeye devredilemeyeceğini kabul etmek gerekmektedir²³¹.

Murahhas üyenin atanması halinde, yönetim kurulunun görev ve yetkileriyle uyumlu olarak, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu, devredilemez görev ve yetkiler ile murahhas üyenin seçimi ve gözetimi ile sınırlı olacaktır.

2. Müdürler Kurulu Üyeleri

Bankacılık Kanunu'nun uygulanması bakımından Türkiye'de şube açan yabancı bankaların oluşturmak zorunda olduğu asgari üç kişiden oluşan müdürler kurulu, yönetim kurulu niteliğinde kabul edildiğinden, bunların da yönetici olarak nitelendirilmesi gerekmektedir (Bank.K m.23/II). Bu kanuni kabul neticesinde, yönetim kurulu üyelerine ait şartlar ve esaslar, müdürler

²²⁸ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), kn. 536

²²⁹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), kn. 536

²³⁰ Bkz. Bankacılık Kanunu madde 23 gerekçesi

²³¹ Aynı yönde Bkz. Alıcı, s. 260; Krş. Reisoğlu, s. 381

kurulu üyeleri için de geçerli olacak ve özellikle sorumluluk hukuku bakımından bunlar yönetici gibi değerlendirilecektir.

3. Genel müdür, vekili ve yardımcıları

Genel müdür banka sorumluluk hukuku bakımından yönetici kabul edilmekle birlikte, genel müdürün hukuki niteliğini ortaya koymaya yarayacak esaslara, özellikle görevlerine bankacılık mevzuatında sınırlı ölçüde yer verilmiş, taşınması gereken şahsi nitelikler konusuna önem verilmek suretiyle düzenleme yapılmıştır. Yine yasal düzenlemede genel müdürün banka yönetim kurulunun doğal üyesi olduğu kabul edilerek bir yandan yeni bir yönetim kurulu üyeliği türü ihdas edilmiş, diğer yandan genel müdürün hukuki niteliğinin belirlenmesinde önemli bir kriter oluşturulmuştur.

Genel müdür, banka işlerinin yürütülmesi için teşkilatlandırılmış birimin (genel müdürlüğün) en üst ve yetkili amiridir. Kanun görev ve yetkilerini açıkça saymamakla birlikte bunlar kısmen çeşitli düzenlemelerden çıkmaktadır. Bu kapsamda genel müdürlüğe kredi açma yetkisi verilebilecektir (Bank.K m.51). Kredi açılmasında ya da açma yetkisinin devrinde genel müdürlüğün yazılı teklifi şarttır (BKİY m. 5/1).

Öğretide, uygulamadaki durum, yani genel müdürün yürüttüğü görevler esas alınmak suretiyle hukuki nitelendirme yapılmakta ve genel müdür, TTK 342 ve devamı maddeleri kapsamında müdür olarak kabul edilmektedir²³². Gerçekten genel müdür, yetkileri ne kadar geniş olursa olsun, banka işletmesinin icra aşamasına ilişkin işleri gerçekleştirmektedir. Ancak banka genel müdürü yönetim kurulunun doğal üyesi de kabul edildiğinden, klasik anlamda müdür olarak nitelendirilmesine de imkan yoktur. Bu nedenle TTK'nın müdürlere ilişkin hükümlerinin ancak kıyasen uygulanacağı öğretiler kabul edilmektedir²³³. Öte yandan yetkilerin geniş olması, şirket idaresinin TTK m. 319 uyarınca bölünüp genel müdüre devredilmesini ifade etmediğinden, genel müdürün murahhas sıfatı bulunmamaktadır²³⁴.

²³² **Reisoğlu**, s. 422 vd.; **Tekinalp**, (Banka Hukuku, 2009), s. 177

²³³ **Alıcı**, s. 276

²³⁴ **Alıcı**, s. 276; krş. **Arslan**, İbrahim; Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya, 1994, s. 130-131

Banka genel müdürünün TTK m. 342 ve devamı maddelerinde öngörülen müdür olarak nitelendirilmesi ya da müdürlere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması, Bankacılık Kanunu'nun genel müdürü yönetim kurulunun doğal üyesi olarak kabul eden hükmü ile çelişki arz etmektedir. Kanunun açık hükmü karşısında genel müdür ne TTK kapsamında müdür olarak nitelendirilebilir, ne de müdürlere ilişkin hükümlerin kıyasen genel müdüre uygulanması sözkonusu olabilir. Kanaatimizce genel müdür *ex lege* yönetim kurulu üyesidir ve yönetim kurulu üyelerine ilişkin hükümlere tabidir. Bu durum, sorumluluk hukuku hükümleri bakımından, yasada özel düzenlemelerin bulunduğu haller haricinde, genel müdürün yönetim kurulu üyelerinin tabi olduğu sorumluluk esaslarına tabi olmasını sonuçlayacaktır.

Genel müdür, banka yönetim kurulu üyesi olmakla birlikte(Bank.K m. 23/1), bu görevi icra edecek kişinin hangi organ tarafından seçileceği konusunda boşluk bulunmaktadır. Bu kapsamda genel müdürün, yönetim kurulu üyesi olması nedeniyle ilkin genel kurulun bu hususta mutlak yetkisi olduğu sonucuna varılabilir²³⁵. Ancak kanunda genel müdürün yönetim kurulu üyesi olduğu kabul edilmekle birlikte, bu görevi yürütecek kişinin genel kurul tarafından seçilmesi gibi bir zorunluluğa yer verilmemiş, bilakis ne surette atanırsa atansın yönetim kurulunun tabii bir üyesi olduğu kabul edilmiştir. Kanunun genel müdürü yönetim kurulunun “*doğal üye*”si olarak gören yaklaşımı, sorunun çözümü bakımından yol gösterici mahiyettedir. Doğal üye kavramı, yönetim kurulu üyesi olarak atanılmamış olsa da, *ex lege* kurula dahil olma sonucunu haklı kılmaktadır. Bu nedenle genel müdürün doğrudan genel kurul tarafından bu sıfatla seçilmesi mümkün olduğu gibi, genel kurulun sadece yönetim kurulu üyelerini seçmesi ve üyelerin kendi aralarından birini genel müdür olarak ataması mümkündür. Aynı gerekçeyle, yönetim kurulunun üye olmayan bir kimseyi genel müdür olarak ataması halinde de yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanılır.

²³⁵ Pozitif hukukta bu konuya ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından, genel kurulun genel müdür atama yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ancak olması gereken hukuk açısından, hukuki sorumluluğa tabi olan organın, yani yönetim kurulunun, beraber çalışacağı genel müdürü atama hususunda yetkili olması, genel kurulun bu konuda bir yetkisinin bulunmaması gerekir. Benzer yönde düzenleme için Bkz. TTKT m. 375

Genel müdürün ya da genel müdürlüğün üstlendiği görevler kendi içerisinde bir bütün teşkil eden genel müdürlük teşkilatı aracılığıyla yerine getirilir. Bu teşkilatta yasal idari birimler olarak genel müdür yardımcılığı ve genel müdür vekilliği makamlarına yer verilmiştir (Bank.K m. 23/1,25).

Genel müdürün bulunmadığı hallerde yönetim kurulu toplantısına genel müdür vekilinin iştirak edeceği kanunen öngörülmekte ve bu kimsenin de bu halle sınırlı olarak yönetim kurulunun doğal üyesi olduğu kabul edilmektedir (Bank.K m. 23/1). Bu surette kanun koyucu yine genel esaslarda düzenlenmeyen bir yönetim kurulu üyesine yer vermiş, başka deyişle yeni bir yönetim kurulu üyeliği türü oluşturmuştur. BÜYİY m.6/V hükmünde genel müdür vekilinin yönetim kurulu tarafından atanacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme, üst yönetimi belirlemenin yönetim kurulunun münhasır yetkisinde olması gerektiğine ilişkin yaklaşıma uygundur²³⁶.

Genel müdür vekilinin, genel müdürde aranan vasıflara sahip olması yürüttüğü görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır ve aynı görevi ifa edenin – aksi belirtilmeyen hallerde- aynı niteliklere sahip olması gerektiği gibi tabi bir kuralın sonucudur²³⁷. Nitekim yönetmelikte de bu yönde bir düzenlemeye yer verilmektedir (BÜYİY m.6/V). Ancak yönetmeliğin aynı maddesinde genel müdür vekilinin genel müdür yardımcısı olması zorunluluğuna yer verilmiş olması eleştiriye açıktır. Zira genel müdür yardımcısı kavramı, kural olarak şekli bir statüyü ifade etmektedir ve işletme faaliyetleri hakkında derin bilgi ve tecrübeye sahip olup da üst düzey başka bir görevde istihdam edilen kimselerin, sırf bu sıfatının bulunmaması nedeniyle vekil olarak atanmasına engel teşkil etmektedir. Ancak Bankacılık Kanunu'nun 25/II,2. maddesi, şekli statüye ilişkin bu problemi bertaraf edecek mahiyettedir²³⁸.

Genel müdürün bulunmadığı hallerde yönetim kurulu toplantısına genel müdür vekili katılacağından, “genel müdürün bulunmaması” kavramının geniş yorumlanması gerekmektedir. Genel müdürün geçici veya sürekli

²³⁶ Reisoğlu yasaya göre genel müdür vekilinin bizzat genel müdür tarafından seçileceğini belirtmektedir. **Reisoğlu**, s. 384

²³⁷ Aksi görüşte **Reisoğlu**, s. 384

²³⁸ Anılan maddeye göre “Başka unvanlarla istihdam edilseler dahi, yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst konumlarda icrai nitelikte görev yapan diğer yöneticiler de bu Kanunun genel müdür yardımcılarına ilişkin hükümlerine tabidir”.

olarak toplantılara iştirak edememesi halinde genel müdür vekilinin toplantılara katılabileceği kabul edilmelidir. Ancak herhangi bir mazeretin bulunmadığı durumlarda genel müdürün toplantılara katılmaktan çekinerek vekilini gönderilmesi, kanunun amacına uygun düşmemektedir²³⁹.

Genel müdür vekili kanuni tanımda yönetici olarak zikredilmese de, katıldığı yönetim kurulu toplantıları bakımından yönetim kurulu üyesi sıfatını taşıdığından, bu toplantılarda alınan kararlar bakımından yönetici olarak kabul edilecek ve hukuki sorumluluğa tabi olacaktır. Ancak yönetmelikle genel müdür vekilinin aynı zamanda genel müdür yardımcıları arasından seçileceği hükme bağlandığından (BÜYİY m. 6/V), genel müdür vekili, aynı zamanda genel müdür yardımcısı olması münasebetiye, diğer faaliyetleri bakımından da yöneticilere ilişkin sorumluluk esaslarına tabi olacaktır (BÜYİY m. 6/V; Bank.K m. 3, 25/II,2). Ayrıca eğer kredi komitesi oluşumunda genel müdür vekiline yer verilmişse (BKİY m. 6/I), bu taktirde genel müdür vekilinin bu sıfattan dolayı geçici değil, daimi bir görev ve sorumluluğu bulunacaktır (Bank.K m. 3).

Öte yandan genel müdürün de vekilinin katıldığı toplantılarda alınan kararları incelemesi ve karşı olduğu hususlar varsa ve gerekliyse kararda belirtilenden farklı önerilerini dile getirerek kararın uygulanmaması için gayret göstermesi, özen yükümünün bir gereğidir. Aksi halde kararın sonuçlarından vekili ile birlikte sorumlu tutulmalıdır.

Kanun genel müdür yardımcılığı makamına organizasyon yapısı içerisinde yer vermekle birlikte, bunların görevlerinin neler olduğunu ve bu sıfatın nasıl tayin edileceğini düzenlememektedir. Uygulamada banka içerisindeki münferit bir ya da birkaç birim, bir genel müdür yardımcısının yönetimine bırakılmaktadır. Bu fiili durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu, yetki ve görevleri itibariyle genel müdür yardımcısına denk ya da daha üst konumlarda bulunup icrai nitelikte görev yapan yöneticilerin de genel müdür yardımcılara ilişkin hükümlere tabi olduğunu kabul etmektedir (Bank.K m. 25/II). Uygulamada koordinatör ya da genel müdür başyardımcısı

²³⁹ Reisoglu, s. 384

adları altında oluşturulan makamlar, hiyerarşik olarak genel müdür yardımcılığından üst konumlardır²⁴⁰. Burada bahsi geçen icrai nitelikte görev, BKYİY m.3'e uygun biçimde doğrudan gelir getirici faaliyetlere ilişkin görev şeklinde anlaşılmalıdır. Madde genel müdür yardımcılığı kavramının içeriğinin şekli biçimde değil, işlevsel olarak doldurulmasını hedeflemektedir. Bunun en önemli pratik sonucu ise, bu kimselerin sorumluluk hukuku bakımından yönetici olarak kabul edilmesidir.

Genel müdür ve yardımcıları bakımından aynen yönetim kurulu üyelerinde olduğu gibi nitelikli bazı şartlara atama koşulu olarak yer verilmektedir (Bank.K m. 25/I,II; 26/I). Atanmalarında BDDK'nın denetimi, yönetim kurulu üyelerinden farklı olarak, atamaları engelleyebilme yetkisini de içermektedir (Bank.K m. 25/III).

4. Denetim Komitesi Üyeleri

Anonim şirketler hukukunda yetki paylaşımında genel kurul karar organı, yönetim kurulu icra organı ve denetim kurulu (denetçi) denetim organı olarak kabul edilir.

Denetim görevini yerine getiren denetim kurulunun yönetim kurulunu seçen aynı çoğunluk tarafından seçilmesi, uygulamada bu kurulun görevlerini kendisinden beklenen ölçüde yerine getirmesine engel olmaktadır. Denetim kurulunun, yönetimin yaptığı işlemlerin yerindeliğini denetleme imkânı da bulunmamaktadır. Bu durum özellikle büyük şirketlerde ciddi gözetim ve kontrol sorunlarının ortaya çıkmasına yol açmakta, yönetim kurulu herhangi bir denetleme kaygısı taşımaksızın faaliyetlerini yürütmekte, özellikle de yönetimdeki kötüniyetli kimseler bu denetim boşluğundan istifade ederek şirket kaynaklarını çıkarları doğrultusunda kullanabilmektedir. Bu boşluk piyasalarda büyük skandallara ve şirket çöküşlerine yol açtığından, kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde yönetim kurulunun gözetim ve kontrol işlevini etkinleştirmeye yönelik kodifikasyon hareketleri başlamıştır²⁴¹.

²⁴⁰ Alıcı, s. 284; Reisoğlu, s. 427

²⁴¹ Avrupa Birliği Parlamentosu'nun 43/2006/EG sayılı 8. Şirketler Hukuku Direktifi'nde de denetim komitesi kurulmasına ve bunun görevlerine ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir.

Denetim kurulunun işleyişindeki aksaklıklar ve yönetim kurulunun çok sayıda faaliyeti üstlenmiş olması, şirket içindeki gözetim işlerinin yerine getirilmesine engel olduğundan, yönetim kuruluna bağlı olarak görevlerini yerine getiren denetim komitesi (audit committee) adı altında bir birimin oluşturulmasını gerekli kılmıştır. Bu birim genel olarak yönetim kurulunun hukukilik ve yerindelik hususunda yapacağı gözetim ve kontrolfaaliyetlerini yürütmektedir²⁴². Denetim komitesi, denetim kurulu ile kısmen örtüşen²⁴³ bir görev alanına sahip olsa da, bu durum bankalarda denetim kurulunun ortadan kalktığı şeklinde yorumlanamaz²⁴⁴.

Denetim komitesinin oluşumu bakımından Bankacılık Kanunu birbiriyle çelişen düzenlemelere yer vermektedir. Çünkü bazı düzenlemelerde denetim komitesini oluşturma yetkisinin yönetim kuruluna (Bank.K m. 24/I; BÜYİY m. 5/I), bazı düzenlemelerde –dolaylı da ifade edilse- genel kurula ait olduğuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir (Bank.K m.18/II). Öğretide bu farklı düzenlemelerden dolayı bazı yazarlar denetim komitesi üyelerini seçme yetkisinin yönetim kuruluna ait olduğunu savunurken²⁴⁵, bazıları hem yönetim kurulunun hem de genel kurulunun bu konuda yetkili olduğunu kabul etmektedir²⁴⁶. Kanaatimizce gerekçesi doğrudan yasaya dayalı olan ikinci görüş daha isabetlidir. Ancak olması gereken hukuk bakımından, yönetim kurulunun denetim komitesinin oluşumunda tek başına yetkili olduğuna ilişkin görüş, amaca daha uygundur. Çünkü denetim komitesinin işlevi, “*yönetim kurulunun denetim ve gözetim faaliyetlerinin yerine getirilmesine yardımcı olmak*”, “...*yönetim kurulu adına...*” faaliyetlerini yürütmek ve faaliyetlerine

²⁴² Yönetim kurulunun derinlemesine inceleme yapması ve bilançonun uzman bir alt kurul tarafından incelenmesi düşüncesi ilk kez 1967 yılında ABD.’de ortaya çıkmıştır. Bkz. **Böckli**, Peter, Audit Committee, Der Prüfungsausschuss des Verwaltungsrates auf Gratwanderung zwischen Übereifer und Unsorgfalt, Zürich, Basel, Genf, 2005, s. 19

²⁴³ TTK denetçilerin görevini şirket iş ve işlemlerini denetlemek olarak belirleyip, denetçilerin yetkileri oldukça geniş tutmuştur. Bu durum Bankacılık Kanunu bakımından da geçerlidir. Ancak Bankacılık Kanunu denetim komitesine sınırlı bir gözetim sahası sunmuş ve koordinasyon görevi yüklemiştir. Öte yandan komitenin faaliyeti, denetim kuruluna nazaran daha üst seviyede bir denetim faaliyeti değildir. Öğretide bu durum komitenin bir “*süper denetçi*” olmadığı ifade edilmek ve görevinin, denetim kurulunun faaliyetlerini tekrarlamak olmadığı vurgulanmak suretiyle dile getirilmiştir. Bkz. **Böckli** (Audit Committee, 2005), s. 24 ve dn. 21

²⁴⁴ **Reisoğlu**, s. 409

²⁴⁵ **Alıcı**, s. 265; **Tekinalp**, (Banka Hukuku, 2009), s. 179

²⁴⁶ **Reisoğlu**, s. 411

ilişkin sonuçları genel kurula değil, “*yönetim kuruluna bildir*”²⁴⁷ (Bank.K m. 24:BİSY. m. 7). Öte yandan genel kurula yetki veren Bankacılık Kanunu’nun 18. maddesi gerekçesinde de denetim komitesinden bahsedilmemektedir²⁴⁸.

Denetim komitesi kanunen öngörülmüş bir alt kurul olduğundan, komite oluşturulması için yetki bölünmesine ya da esas sözleşmede hüküm bulunmasına gerek yoktur (TTK m.318/II, Bank.K m. 24). Komitenin asli görevleri dış denetimin özellikle etkinliği ve bağımsızlığı bakımından gözetlenmesi, iç kontrol sisteminin gözetimi ve bilanço ile mali tabloları incelemek ve burada yer alan verileri kontrol etmektir²⁴⁹.

Hukukumuzda denetim komitesine yüklenen temel görevler;

- Bankanın iç sistemleri, muhasebe ve raporlama sistemlerini gözetlemek,
- Dış denetim biriminin görevlendirilmesinde araştırma yapmak ve faaliyetlerini gözetlemek,
- Konsolide denetime tabi kuruluşlarda iç denetimin koordineli olarak sürdürülmesini ve koordinasyonu sağlamaktır (Bank.K m. 24/III).

Komitenin görevleri Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik’te daha ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir (BİSY. m. 7). Görevler bakımından dikkat edilmesi gereken husus, denetim komitesinin kendisine tevdi edilen bu geniş görev sahasında yetkilerinin sınırlı olduğudur²⁵⁰. Gözetime tabi görevler ilgili birimler tarafında yerine getirilmelidir ve komite, ilgili birimlerin yerine geçecek şekilde müdahalede bulunmamalıdır. Komitenin görevi tesbit ettiği eksiklik ya da yolsuzlukları gidermek değil, sadece gözetim yükümünü yerine getirip konu hakkında oluşturduğu raporu yönetim kuruluna sunmaktır (Bank.K m. 24/V). Denetim komitesine yüklenen görevlerin etkin bir şekilde yerine getirilmesi, gözetimine tabi olan birimlerle arasında koordinasyon ve

²⁴⁷ Kanun genel gerekçesinde de bu husus “*Bankalar için kurumsal yönetim ilkeleri ihdas edilmek suretiyle yönetim kuruluna denetim ve gözetim faaliyetlerinin yerine getirilmesi hususunda yardımcı olacak ve icrai görevi bulunmayan yönetim kurulu üyeleri arasından seçilecek asgarî iki kişilik denetim komitesinin tesis edilmesi öngörülmüştür.*” şeklinde ifade edilmektedir.

²⁴⁸ Gerekçede “*Yönetim kuruluna üye belirleme hakkı veren payların tesisi, devri veya yeni imtiyazlı pay ihracı ise herhangi bir sınır olmaksızın Kurulun iznine tâbi kalmıştır.*” ibaresi yer almaktadır.

²⁴⁹ Böckli (2009), s. 22

²⁵⁰ Böckli (Audit Committee, 2005), s. 24

bilgi akışının sağlanmasıyla mümkündür (Bank.K m. 24/IV). Komite üyelerinin özen yükümü ve hukuki sorumluluğu bakımından, bu özel durum gözetilmek suretiyle değerlendirme yapılması gerekmektedir.

5. Kredi Komitesi Üyeleri

Kredi komitesi üyeleri Bankacılık Kanununda yönetici olarak nitelendirilmekle birlikte, kredi komitesi, bankada kurulması zorunlu bir birim değildir (Bank.K m. 51). Kredi komitesi yönetim kurulu tarafından ve kurul içerisinde seçilen en az iki üye ile banka genel müdürü veya vekilinden oluşur. Türkiye’de şube açan yabancı bankalar kredi komitesi oluşturacaklarsa, müdürler kurulu, aynı zamanda bu görevi yürütür (BKİY m. 6).

Bankacılık Kanunu kredi açma yetkisi yönetim kuruluna aittir. Ancak yönetim kurulunun diğer görevlerinden farklı olarak kredi açma yetkisinin devrine ilişkin esaslar kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve bu yetkinin devredilebileceği komite ya da kişiler gösterilmiştir²⁵¹. Mevduat bankalarında kredi açma banka yönetim kurulunun en temel yetkilerinden biri olduğundan, bu yetkinin bir başka kişi ya da gruba devredilmesi, TTK hükümleri çerçevesinde idare ve temsil işlerinin bölünmesi anlamı taşır ve usulüne uygun bir yetkilendirme yapılmasını gerektirir (TTK m. 319/I). Ancak bankacılık mevzuatı genel esaslara ilişkin bu gerekliliğe değinmeksizin, devir bakımından başkaca özel şekil şartına yer vermiştir(BKİY m. 5). Bu nedenle kredi komitesi üyelerinin görevlendirilmesi bakımından genel hükümler uyarınca gerekli olan usuli esaslara riayet gerekli değildir.

Kredi açma yetkisinin devri bakımından genel kurula esas sözleşme ile yetki verilmesi, Bankacılık Kanunu düzenlemesi çerçevesinde mümkün değildir. Çünkü kanuna göre bu yetki genel kurul tarafından değil, yönetim kurulu tarafından devredilebilir bir yetkidir. Yetkinin devri için aranan şekli koşul, genel müdürlük tarafından yetki devrinin yapılması hususunda yazılı teklifte bulunmuş olması, yani bu yönde bir ihtiyacın yazılı şekilde dile getirilmesidir (BKİY m. 5/I). Devrin münferit kişiler bakımından değil, genel,

²⁵¹ Bu nedenle bu görevin yönetim kurulunun murahhas üyesine tevdi edilmesi mümkün değildir.

objektif ve esasları daha önceden belirlenen şartlar çerçevesinde, sınırları gösterilmek suretiyle yapılması, kurumsal yönetimin ilkeleri bakımından gereklidir (BKİY m. 5/III).

Kredi açma yetkisinin genel müdürlük ya da kredi komitesine devri mümkün olsa da kredi açma, onay verme ve diğer idari esaslara ilişkin politikaları oluşturmak, bunların uygulanmasını ve izlenmesini sağlamak ve gerekli tedbirleri almak yönetim kuruluna ait bir yükümlülüktür (Bank.K m. 51/I). Bu surette kredi komitesi üyelerinin yanı sıra, yetkisini devreden yönetim kurulu üyelerinin gerçekleştirmekle yükümlü olduğu görevler bakımından, hukuki sorumlulukları saklı tutulmaktadır.

6. İmzaya Yetkili Münferit Görevliler

a. Bölge ve Şube Müdürü

Bankacılık Kanununda bölge ve şube müdürleri de yönetici olarak kabul edilmektedir (Bank.K m. 3). Bir tacir olarak bankaların faaliyetleri, gayelerine ulaşmak ve rekabet şartlarının bir gereği olarak geniş bir alana yayılabilir. Bankacılık Kanunu bankaların organizasyon yapısı bakımından esas itibariyle şubeler açmak suretiyle örgütlenilebileceğini öngörmektedir.

Bölge müdürleri yönetici olarak kabul edilmekle birlikte, bölge müdürlüğünün görevleri hakkında ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bölge müdürlüklerini, belli bir bölge içerisinde örgütlenen şubelerin üst birimi olarak değerlendirmek mümkündür. Kanunda bölge müdürüne kredi açma yetkisi verilebileceği öngörülmekle birlikte (Bank.K m. 51/II), bir birim olarak bölge müdürlüğü oluşturulması zorunlu olmadığı gibi, kredi açma yetkisinin bölge müdürlüğüne verilmesi de zorunlu değildir.

Şube ise Bankacılık Kanununda özel olarak tanımlanmıştır. Buna göre şube *“Elektronik işlem cihazlarından ibaret birimler hariç olmak üzere, bankaların bağımlı bir parçasını oluşturan ve bu kuruluşların faaliyetlerinin tamamını veya bir kısmını kendi başına yapan, sabit ya da seyyar bürolar gibi her türlü işyerini”* ifade eder (Bank.K m.3). Tanımda, *“Elektronik işlem cihazlarından ibaret birimler hariç”* ibaresini kullanıldığından, bu birimlerin şube olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu cihazların kullanımı için

banka personelinin çalıştırılması gereken hallerde, bu birimin şube olarak kabul edilmesi gerektiği; ancak hak sahiplerinin doğrudan merkezi bilgisayar vasıtasıyla işlem yaptığı yerlerin şube niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir²⁵². Şubeye ilişkin kanuni tanımda önem taşıyan unsurlar *bağımlılık, faaliyet özdeşliği ve işlemlerde bağımsızlıktır*²⁵³.

Bağımlılık unsuru, banka tüzel kişiliği ad ve hesabına işlem yapılıyor olmasını ifade eder²⁵⁴. Hukuk sujesi olarak hak sahipliği ve borçla yükümlülük kural olarak kişilere hasredildiğinden, şubeler hak sahibi ya da borçlu olamazlar. İşletme açısından sadece bir organizasyon yapılanması olduklarından, merkezin direktif ve talimat, strateji ve politikaları ile bağılırlar²⁵⁵.

İşlemlerde bağımsızlık, şubenin dış faaliyetlerini, otonom biçimde gerçekleştirme yetkisinin bulunmasını ifade eder. Şube, her ne kadar merkeze bağımlı ise de, kendisine verilen yetkiler kapsamında hukuki işlemler gerçekleştirebilir²⁵⁶. Ayrı bir muhasebe kaydının olması ve ayrı defterlerin tutulması bu özelliğin bir sonucudur²⁵⁷. Bazı işlemler bakımından merkezden onay alınması, iç ilişki bakımından etkili olup, işlemlerde bağımsızlık unsuruna ortadan kaldırmaz²⁵⁸.

*Faaliyet özdeşliği*²⁵⁹, merkezin yaptığı faaliyetlerin aynının yapılmasını ifade eder. Buradaki ayniyet, nisbi bir anlama sahip olup, merkezde yapılan işlerin tamamının değil, asli nitelik arzeden iş ya da işlemlerin yapılmasını ifade eder²⁶⁰. Mevduat bankacılığı bakımından bu faaliyetler mevduat kabulü ve kredi tahsisidir. Ancak şube vasfı bu özellik nazara alınmaksızın, faaliyetlerden “bir kısmını” yapmak şeklinde kabul edildiğinden, öğretide haklı

²⁵² **Reisoğlu**, s. 104, **Özdamar**, Mehmet, Yargıtay Kararları Işığında Ticari İşletmede Şube Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sa. 1, Kış 2007, (s. 48-61), s. 54

²⁵³ Avrupa Birliği'nin 2006/48 sayılı direktifinde de aynı unsurlar vurgulanarak tanım yapılmıştır. Bkz. m. 4/3

²⁵⁴ **Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2010, s. 50; **Özdamar**, s. 53

²⁵⁵ **Arkan**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2001, s. 36; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 51

²⁵⁶ **Özdamar**, s. 53

²⁵⁷ **Arkan**, s. 37

²⁵⁸ **Özdamar**, s. 53,54

²⁵⁹ Öğretide bu unsur “dış ilişkilerde bağımsızlık” başlığı altında da incelenmektedir, Bkz. **Arkan**, s. 36 vd.; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 50 vd.

²⁶⁰ **Arkan**, s. 37; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 51

olarak herhangi bir bankacılık faaliyetinin tek başına yapıyor olması, diğer unsurlar bulunmak kaydıyla şube niteliğini kazanmak için yeterli görülmektedir²⁶¹.

Bankaların izne tabi işlemleri açısından hangi birimin şube kabul edileceği ise BİTİDPSY m. 8/I'de düzenlenmektedir. Bu maddedeki şube tanımında, kısmen benzer unsurlara yer verilmekle birlikte, yürütülen faaliyetin ya mevduat kabulü ya da bunun haricinde en az iki²⁶² faaliyet olması vurgulanmaktadır. Ancak bu tanım amacı ile sınırlı olup, kanunda şubenin önem taşıdığı diğer haller bakımından tanımlama fonksiyonuna sahip değildir. Yönetmeliğin bu düzenlemesinden hareketle, şube kavramının tabi olduğu mevzuattaki amacı bakımından değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Sorumluluk hukuku bakımından şube müdürünün özel durumu göz önünde bulundurulduğunda, kanunda yer alan tanımın, sorumluluk hukuku bakımından şube ve müdürünü tanımlamayı hedef almadığı, genel bir içeriğe sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan ağır sorumluluk esaslarına tabi olacak şube müdürünün, en azından bankanın asli faaliyetlerinin icra edildiği, yani kredi verme ve mevduat kabulü işlemlerini gerçekleştiren şubelerin müdürü olması gerektiği kanaatindeyiz²⁶³.

Uygulamada bağlı şube olarak isimlendirilen organizasyon yapılanmaları da mevcut olup, bunlar asıl şubenin faaliyetlerini sınırlı olarak gerçekleştirirse ve ana şubeye bağlı olarak özel bir idareci tarafından yönetilse de, bağlı şubeyi idare eden kimseyi de şube müdürü olarak nitelendirmek gerekecektir²⁶⁴. Çünkü şube kavramı bakımından, yukarıda belirtilen unsurlara sahip birimlerin yöneticilerini “şube müdürü” olarak değerlendirmek gerekecektir. Uygulamada bu niteliklere sahip birimlerin başka isimler altında oluşturulmuş bulunması, sorumluluk hukuku bakımından ilgili kimselerin şube müdürü olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmez.

²⁶¹ Reisoğlu, s. 103

²⁶² BİTİDPSY m. 8/I'de bu husus “diğer bankacılık işlemleri” şeklinde ifade edilmiştir.

²⁶³ Aksi düşünce halinde, sadece elektrik, su, doğalgaz fatura tahsilatı yapan birimlerin amirleri, ağır bir sorumluluk rejimine tabi tutulmuş olur ki, banka şube müdürünü, bu işleri yapan diğer kimselerden daha ağır bir sorumluluğa tabi tutulmasını haklı kılan makul bir neden bulunmamaktadır.

²⁶⁴ Bağlı şube kavramı ve ayrıntılı bilgi için Bkz. Reisoğlu, s. 105

b. Merkez Teşkilatı Birim Amirleri

Yasanın bankalarda yönetici olarak kabul ettiği son grup, genel müdürlük merkez teşkilatı birim yöneticileridir(Bank.K m. 3). Yasada böyle bir yapılanma türünden bahsedilmekle birlikte, bunun hangi birimlerden oluşacağı hususunda bir açıklamaya yer verilmemektedir.

Bankalar genel müdürlük merkez teşkilatı yapılanmasında geniş bir esnekliğe sahiptir. Uygulamada yapılanma, genel müdür yardımcılarına bağlı birimlerin oluşturulması suretiyle gerçekleşmektedir ve bankanın faaliyet ve ihtiyacına göre çok çeşitli birimlere rastlanılmaktadır. Bireysel ve kurumsal bankacılık, istihbarat, hukuk işleri, insan kaynakları, finansal yönetim gibi birimler bunlara örnek olarak sayılabilir. Bu birimlerin yasa tarafından yapılandırılması sözkonusu olmadığından, kanun koyucu burada isim serbestisine yer vermiş ve bölüm, kısım, grup ve sair adlar altında oluşturulabileceğini öngörmüştür (Bank.K m. 3). Bu bakımdan başka adlar altında birim oluşturulması, ilgiliyi yönetici olarak nitelendirmeye engel teşkil etmeyecektir²⁶⁵.

“Birim yöneticisi” nitelendirmesi bakımından, şekli değerlendirmeden ziyade, maddi ve işlevsel bakış açısı ile kavramın içeriğinin doldurulması gerekmektedir. Uygulamadaki şekli yapılanma ve bu şekli yapılanmanın amirinden ziyade, bağımsız ve tek başına karar alma özgürlüğünün kimde bulunduğu yönetici kavramının belirleme bakımından kriter olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle şekli organizasyon yapısında hiyerarşik olarak başka bir kimseye bağlı olmasına rağmen, bağımsız karar alma yetkisi ile donatılmış olan kimse, yönetici olarak nitelendirilmelidir²⁶⁶.

Kanun bu yöneticilerden sadece imza yetkisine sahip olanların yönetici olduğunu kabul etmesine rağmen, imza yetkisinden neyin kastedildiği hususunda bir açıklama mevcut değildir. Öğretide imza yetkisinin, yönetim

²⁶⁵ Alıcı, s. 62

²⁶⁶ Nitekim genel müdür ya da yardımcısına bağlı olarak faaliyette bulunmalarına rağmen, kanun koyucu bunların da yönetici olduğunu kabul etmiştir.

ayrılığının bir sonucu olarak temsil yetkisini ifade ettiği savunulmaktadır²⁶⁷. Bu düşünce şubeler için kabul edilebilir niteliktedir. Ancak banka merkez teşkilatında yer alan birimlerin temsil yetkisine sahip kılınmasını şekli bir kritere bağlamak isabetli değildir. Önemli olan bağımsız olarak karar alma serbestisinin bulunmasıdır ve kanaatimizce yöneticilerin tanımında bu özellik esas alınmalıdır. Yasal düzenleme uygulamadaki yapılanmayı sınırlarını belirlemeksizin kriter olarak kabul ettiğinden, bu yönüyle amacı gerçekleştirmeye elverişli değildir.

IV. HAKİM ORTAK

A. Kavram

Hakim ortak kavramı, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda (m. 15/a, Ek Madde 2) yer almakla birlikte, açıkça tanımlanmamıştır. Ancak 4389 sayılı kanun ile yürürlükte olan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun şahsi sorumluluğa ilişkin maddeleri karşılaştırıldığında, 4389 sayılı Kanun bakımından hakim ortağın anlamı ortaya konulabilecektir. 4389 sayılı kanunun şahsi sorumluluğa ilişkin 17. maddesinde yer alan "*bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklar*" ibaresinin yerine, 5411 sayılı kanunun 110/İ. maddesi "hakim ortak" kavramını ikame etmiştir. Bu bakımdan 4389 sayılı kanun bakımından hakim ortak kavramının, 17/İ. maddede tanımlandığı şekliyle anlaşılması gerekir²⁶⁸.

Yürürlükteki Bankacılık Kanunu'nu ise kavramı açıkça tanımlanmıştır. Buna göre hakim ortak "*bir ortaklığı doğrudan ya da dolaylı olarak, tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişiyi*" ifade etmektedir (Bank.K m.3). Bankacılık Kanunu'nun hakim ortak hakkında yapmış olduğu bu tanımın içeriğinin doldurulması, özellikle birlikte kontrol kavramı bakımından çeşitli yorum sorunlarını beraberinde getireceğinden, kanun kontrol kavramının neyi ifade ettiğini de açıkça belirlemiştir.

²⁶⁷ Alıcı, s. 105

²⁶⁸ Aynı yönde Reisoğlu, s. 113; Turanboy, (Hakim Ortak, 2010), 2115 vd.

B. Hakim Ortak Kavramının Temeli Olarak Kontrol

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda hakim ortak hakkında yapılan tanımla, 4389 sayılı Kanunda yer alan yönetim ve denetimi elde bulundurma kriterinin yerini, kontrol kavramı almıştır. Tanımda dikkat çeken başka bir değişiklik ise, hakim ortağın, banka ortağı olma zorunluluğunun bulunmamasıdır. Bankacılık Kanunu her ne kadar kavram olarak içerisinde "ortak" tabirinin geçtiği "hakim ortak" terimini tercih etmiş ise de, yasal tanım incelendiğinde, kavramın kapsamında yer almak için banka ortağı olmanın zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır²⁶⁹.

Kanun kontrolün araçlarını, bankanın sermayesinin asgari yüzde ellibirine²⁷⁰ ya da çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olmak, imtiyazlı hisseleri elde bulundurmak, diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalarla oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunmak olarak belirtmiştir (Bank.K m.3). Kontrolün mevcut olup olmadığını kabul bakımından, banka genel kurulundaki fiili hakimiyetin esas alınması gerekmektedir. Nitekim bu husus sermayenin çoğunluğuna sahip olmanın gerekli olmadığı vurgulanmak suretiyle yasada belirtilmiştir (Bank.K m.3).

Kontrolün kavramının tanımında çeşitli örneklerden yararlanılsa da esas itibarıyla kontrol, karar alma çoğunluğunu oluşturabilecek şekilde yönetim kurulu üyesi atama ya da görevden alma gücünü herhangi bir şekilde elinde bulundurmayı ifade etmektedir (Bank.K m. 3). Bu yönüyle kanunun hakim ortaklık ya da daha doğru bir deyimle hakimiyet kavramının temeline oturttuğu kontrol terimi, yönetim kurulunda karar aldırma gücüne sahip olmayı kapsamaktadır. Ancak bu gücün varlığını kabul açısından maddi değil, şekli bir kriterden yararlanılmıştır. Başka deyişle kanun, banka yönetim kurulunda çoğunluğu oluşturabilecek üyelerin atanması ya da görevden alınması gücünü herhangi bir şekilde elinde bulunduran kimse ya da kimseleri hakim ortak olarak kabul etmiş, ancak yönetim kurulunun herhangi bir surette belirli bir yönde karar almasını sağlayabilecek kimse ya

²⁶⁹ Bu açıdan hakim ortak ifadesi yerine hakim kişi kavramının kullanılması daha isabetli olacaktır. Ancak kavram kargaşasına sebebiyet vermemek adına, tezde yasal tabir olan hakim ortak terimi kullanılmıştır.

²⁷⁰ Yarıdan fazlası şeklinde anlamak gerekir.

da kimseleri –şekli kriter kapsamında olmamak kaydıyla- bu kavramın dışında tutmuştur. Kanaatimizce hakim ortak kavramına yön veren kontrol unsurunun, sadece yönetim kuruluna üye seçme ya da görevden alma kriteri ile sınırlandırılması isabetli değildir. Bu durum her ne kadar hukuk güvenliği ilkesi açısından olumlu bir gelişme olarak kabul edilebilirse de, kavrama yön veren düşünce, yönetim kurulunda karar alma gücüne sahip olmaktır. Kanuni tanım, yönetim kuruluna üye seçme ya da görevden alma imkanına sahip olanların, kurul üyelerinin kararlarını kendi iradesi çerçevesinde şekillendirecekleri varsayımına dayanmaktadır. Ancak tanımda bu husus yerine, yönetim kurulu çoğunluğunu seçme ya da görevden alma ile sınırlama yapılmıştır.

Hakim ortak kavramı, yönetim kurulu karar çoğunluğunun seçimine müdahaleyi gerektirdiğinden, yönetim kurulu tarafından murahhas aza seçilmesi halinde, yönetim kurulu üye çoğunluğunun hakim ortak olarak kabul edilmesini dışlar. Ancak yönetim kurulu üyesi olmak, tek başına hakim ortak sıfatı ile bağdaşmayan bir statü değildir: Hakim ortak ya da ortakların aynı zamanda banka yönetim kurulu üyesi olması mümkündür.

Yönetim kurulu tarafından murahhas aza atanması halinde, yönetim kurulunun murahhas azayı atama çoğunluğunu sağlayacak yönetim kurulu üyelerini seçtiren kimsenin mi, yoksa genel kurulda fiilen o azanın seçilmesini sağlayan kimsenin mi hakim ortak olduğu bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Böyle bir durumda, şekli kriter sadece yönetim kurulu karar çoğunluğunu atama yetkisi bulunanların kontrol ettiği sonucunu doğursa da, fiili durumu da nazara almak gerekmektedir. Bu açıdan her iki kimse de şartlara göre hakim ortak olarak nitelendirilebilecektir.

Tanım, kontrolün sürekli olması gerektiği şeklinde bir düşünceyi uyandırır da, geçici hakimiyet halleri sözkonusu olduğunda da kontrolün mevcudiyeti kabul edilmelidir. Öte yandan hakim ortak sıfatının temelinde yatan kontrol değişiklikleri, hakim ortak sıfatını etkiler. Bu nedenle yönetim

kurulu değişmeksizin, belli bir tarihte farklı, başka bir tarihte farklı kimseler hakim ortak olabilir²⁷¹.

C. Kontrol Türleri

1. Tek Başına Kontrol-Birlikte Kontrol

Yasal düzenleme, bankanın bir ya da birden fazla hakim ortak tarafından birlikte kontrol edilebileceğini öngörmektedir.

Tek başına kontrol, başkaca herhangi bir kimsenin oy desteğine ihtiyaç duymaksızın, doğrudan ya da dolaylı olarak bir bankada yönetim kurulu karar çoğunluğunu seçme gücünü elinde bulundurmayı ifade eder²⁷². Sadece bir hakim ortağın mevcut olduğu hallerde bu ortak, bankadaki yönetim kurulu üyelerini atama ya da görevden alma yetkisine sahiptir. Bu bakımdan hakim ortağın, kural olarak, aynı zamanda pay sahibi olması gerekir. Ancak yasal olarak oy hakkının pay sahibi dışında bir kimseye ait olduğu durumlarda (TTK m.360/IV), oy hakkı sahibini hakim ortak olarak kabul etmek gerekecektir.

Hakim ortak sıfatının doğrudan tek başına sahip olunan oylar yanında, nüfuz edilen ya da aynı yönde bir işbirliğine dayalı olarak kullanılan oylarla birlikte kazanılması halinde, birlikte hakimiyet sözkonusu olabilecektir. Bu açıdan tek başına kontrolün mümkün olduğu hallerde, başka bir ya da birkaç ortağın hakim ortağı desteklemesi, bu ortakları hakim ortak olarak nitelendirmek için yeterli değildir²⁷³. Kanaatimizce bu durumun istisnası yoktur. Zira yasanın hakimiyet bakımından aradığı unsur, şekli niteliktedir ve şekli gereği yerine getiren tek bir ortağın bulunması halinde, yönetim kurulunda karar çoğunluğunu elde edebilmek için diğer ortakların ya da kişilerin desteğine ihtiyaç yoktur.

²⁷¹ Birlikte hakim ortak sıfatını taşıyan iki şirketten birinin, hakimiyeti sağlayacak payları diğerine devretmesi halinde olduğu gibi.

²⁷² Yasal tanım, bir kimsenin tek başına hakim ortak olması halinde, bu hakimiyetini doğrudan ya da dolaylı olarak gerçekleştirebileceğini ifade etmektedir (Bank.K m. 3). Kanaatimizce, dolaylı hakimiyetin mevcut olduğu hallerde, ilgili kimsenin tek başına değil, sahip olunan dolaylı oylar nedeniyle diğer kişi ya da kişilerle birlikte hakimiyet sağladığı kabul edilmelidir.

²⁷³ Aynı yönde **Reisoğlu**, s. 111, 113 vd.; Krş. **Alıcı**, s. 58 vd.

Birlikte hakimiyet için, bir ortağın doğrudan ya da dolaylı olarak banka yönetim kurulunun karar çoğunluğuna sahip üyelerini belirlemesi mümkün olmamalı, diğer gerçek ya da tüzel kişilerle birlikte bu imkana sahip olması gerekir. Bu halin tipik örneği, birden fazla kimsenin sahip oldukları oy gücünü birleştirmesidir. Bunun oy sözleşmesi yapılması suretiyle ya da başkaca şekilde gerçekleşmesi mümkündür²⁷⁴.

Doğrudan birlikte kontrolün sözkonusu olduğu hallerde, kimlerin hakim ortak olarak nitelendirileceği hususu kolaylıkla belirlenebilir. Pay sahibi olan gerçek ya da tüzel kişilerin tamamı, hakim ortak olarak nitelendirilecektir. Ancak dolaylı birlikte hakimiyetin sözkonusu olduğu hallerde kimlerin hakim ortak olduğu tartışmaya açıktır. Özellikle bir başka tüzel kişide sahip olunan paylar nedeniyle dolaylı hakimiyetin gerçekleşmesi halinde, tüzel kişinin mi yoksa bu tüzel kişide hakim ortak olması sebebiyle bankada hakim ortak olarak nitelendirilen kimsenin mi, yoksa her ikisinin birlikte mi hakim ortak olduğu tartışmaya açıktır. Kanaatimizce bu soruya, bunların tamamının birlikte hakim ortak olduğunu kabul etmek suretiyle cevap vermek gerekir. Çünkü dolaylı kontrolün varlığı, doğrudan kontrol halini ortadan kaldırmamaktadır. Dolaylı kontrolün mevcut olduğu hallerde, bir ortağın, diğer ortaklıktaki paylar nedeniyle hakimiyeti sağlaması, kendisinin dolaylı; vasıta olan ortaklığın da doğrudan hakim ortak olarak nitelendirilmesini engellememektedir.

2. Doğrudan Kontrol-Dolaylı Kontrol

Doğrudan kontrol, bir kimsenin banka genel kurulunda sahip olduğu oy hakkına istinaden, banka yönetim kurulu karar çoğunluğunu oluşturacak sayıda üyeyi belirleme imkanının bulunmasını ifade eder. Bu imkan, bir kimsenin tek başına sahip olduğu oy hakkından kaynaklanabileceği gibi, birden fazla kimsenin birlikte hareket etmesi suretiyle de gerçekleşebilir.

Dolaylı kontrol kavramı bakımından öğretide Bankacılık Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan dolaylı pay sahipliği kavramından yararlanılmaktadır²⁷⁵.

²⁷⁴ Bkz. **Tekinalp**, (Banka Hukuku, 2009), s. 157 vd.; **Turanboy**, (Hakim Ortak, 2010), s. 2119 vd.

²⁷⁵ **Tekinalp**, (Banka Hukuku, 2009), s. 158 vd.; **Ahıcı**, s. 59 vd.; **Reisoğlu**, s. 113 vd.

Buna göre “gerçek kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, bir gerçek kişi ile eş ve çocuklarına ve bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklıklara veya bu kişi veya ortaklıkların ayrı ayrı veya birlikte kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar” gerçek kişinin dolaylı olarak sahibi olduğu payı; tüzel kişinin kontrol ettiği şirket ya da şirketlere ait paylar, tüzel kişinin dolaylı olarak sahibi olduğu payı ifade etmekte (Bank.K m. 5/1) ve sözkonusu dolaylı paylar ile bankanın kontrol edilmesi halinde dolaylı kontrolün mevcudiyeti kabul edilmektedir²⁷⁶.

Dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesine ilişkin olarak kanunun 5/II. maddesine dayalı olarak çıkarılan yönetmeliğin²⁷⁷ 13/I,b. maddesi ise dolaylı pay sahipliği oranının hesaplanmasını düzenlemekte ve bu hesapta tüzel kişiliğe iştirak oranlarını esas almaktadır.

Kanaatimizce dolaylı pay sahipliği, dolaylı kontrol kavramının tanımlanması bakımından hareket noktası olarak nitelendirilebilir. Ancak dolaylı kontrol kavramının, tek başına dolaylı pay sahipliği kavramı ile açıklanması, isabetli değildir. Zira dolaylı kontrol, dolaylı pay sahipliğini düzenleyen hükümlerde yer alan ihtimalleri de içeren, ancak bunlarla sınırlı olmayan oldukça kapsamlı bir kavramdır ve her iki kavramın düzenleme gayesi farklıdır. Dolaylı pay sahipliğini düzenleyen hüküm, bir kimsenin banka içerisinde sahip olduğu oy oranını belirlemeye ilişkindir; buna karşın dolaylı kontrol, oy oranına bakılmaksızın banka içerisinde yönetim kurulu üye çoğunluğunu belirleme imkanına sahip olup olunmadığını belirlemeyi amaçlar. Bu açıdan tanzim gayesi esas alınmak suretiyle kavramı açıklamak gerekir. Dolaylı kontrol, bir vasıta kullanmak suretiyle bankada yönetim kurulu çoğunluğunu seçme ya da görevden alma imkanına sahip olmak şeklinde anlaşılmalıdır. Bu vasıtanın akrabalık ilişkileri, tüzel kişilerde organizasyonel yapı ve bundan kaynaklanan ilişkiler, şahsi, ekonomik, sosyal ve sair ilişki ve sebeplere dayanması mümkündür. Hangi sebeplerin şirkette yönetim kurulu

²⁷⁶ Alıcı, s. 59

²⁷⁷ Bankaların İzne Tabi İşlemleri İle Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik, RG: 01/11/2006 T., 26333 Sa.

yapısını belirlemede etkili olduğunun, dolaylı kontrol kavramı bakımından önemi bulunmayıp, önemli olan, bu neticenin doğmasıdır.

Dolaylı kontrolün sözkonusu olduğu hallerde sadece kontrol eden kimsenin değil, kontrol vasıtası olarak kullanılan kişi ya da kişilerin de hakim olarak değerlendirilmesi gerekmektedir²⁷⁸.

D. Kontrol İlişkisinin İsbatı

Doğrudan kontrolün ispatı şirket kayıtlarına göre belirlenebilecektir. Ancak dolaylı ya da birlikte kontrolde, ispat sorununun bu derece basit bir şekilde çözümü mümkün değildir.

Birlikte kontrol ve dolaylı kontrolün mevcudiyetini ispat yükü fona aittir (krş. Bank.K m. 137). Ancak sözkonusu ispat yükünün gerekleri katı bir şekilde tayin edilemez. Davacı birlikte hareketin mevcudiyetini kabul için gerekli vakıaları açıklayıp bunlara ilişkin delillerini dosyaya ibraz edecektir. Bu delillere dayalı olarak birlikte hareket edildiğine dair makul şüphenin oluşması, ispat yükü bakımından yeterli kabul edilmelidir. Öğretide *Tekinalp*, hangi hallerde birlikte hareket edildiğinin kabul edilebileceğini bazı örneklerle açıklamaktadır. Ancak yazarın belirttiği üzere, bu haller birlikte hareketin varlığının kabul edilebileceği durumların oldukça sınırlı bir kısmını karşılamaktadır²⁷⁹. Birlikte hareketin mevcut olup olmadığını somut olay şartları belirleyecektir. Dolayısıyla birlikte hareketin mevcudiyetini kabul için makul şüphe sebeplerinin ortaya konulması yeterli olup, aksi davalı tarafça ispatlanmalıdır.

§ 5. SORUMLULUK DAVASINDA DAVACILAR

I. GENEL OLARAK

Bankacılık Kanununda şahsi sorumluluk hakkında genel hükümlere nazaran oldukça farklı sorumluluk esaslarına yer verilmiştir. Bu kapsamda banka yöneticilerinin sorumluluğuna ilişkin istisnai durumlar öngörülmüş ve banka hakkında yasadaki kaynaklanan özel bazı tedbirlerin uygulanması

²⁷⁸ Aynı yönde **Alıcı**, s. 59

²⁷⁹ **Tekinalp** (2009); s. 160

halinde, yöneticilerin sorumluluğunu gerektiren haller bakımından dava yetkisi TMSF'ye verilmiştir (Bank.K m. 106,108). Ancak TMSF'nin yetkilerini kullanılabilmesi için bazı ön şartların gerçekleşmesi gereklidir. Bankanın faaliyet izni geri alınmadan ya da banka fona devredilmeden Bankacılık Kanununda TMSF lehine öngörülen sorumluluk prosedürünün uygulanması mümkün değildir.

II. AKTİF DAVA YETKİSİ YÖNÜNDEN BANKACILIK KANUNU'NUN GENEL HÜKÜMLERLE İLİŞKİSİ

Bankacılık Kanunu sorumluluk davası bakımından özel hükümlere yer vermekle birlikte, genel hükümler uyarınca aktif dava yetkisi olanların hukuki durumları hakkında açık bir düzenlemeye yer vermemektedir. Genel hükümlere dayalı olarak sorumluluk davasının açılıp açılmayacağı meselesinin, bankanın faaliyet izninin kaldırılması ve fona devirden önce ve sonra olmak üzere iki ayrı kısımda incelenmesi gerekmektedir.

A. Faaliyet İzninin Kaldırılması ya da Fona Devir Öncesinde

Bankanın fona devrinden ya da faaliyet izninin kaldırılmasından önceki dönemde banka, anonim şirket şeklinde örgütlenmesinin gereği olarak, bankacılık mevzuatında düzenleme bulunmayan hallerde anonim şirketlere ilişkin hükümlere tabi olarak faaliyetlerini yürütür. Sorumluluk hukuku bakımından da genel esaslarda yer alan hükümler uygulama kabiliyetine sahiptir²⁸⁰ ve TMSF'nin bu safhada aktif dava yetkisi kural olarak bulunmamaktadır.

B. Faaliyet İzninin Kaldırılması ya da Fona Devir Sonrasında

Bankacılık Kanunu'nun sorumluluk davası bakımından asıl müdahalesi, bankanın fona devri ve faaliyet izninin kaldırılmasından sonraki dönem için gerçekleşmekte ve bu dönem bakımından TMSF'ye aktif yetki verilmektedir.

²⁸⁰ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp) kn. 621g

Bu dönemde fona aktif dava yetkisi verilmekle birlikte, banka tüzel kişiliği, ortaklar ve alacaklıların dava haklarının bulunup bulunmadığı hususunda da değerlendirme yapılarak her iki durumun ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

1. Fona Devir Sonrasında

Bankanın fona devri, temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin fona geçmesini ifade etmektedir (Bank.K m. 71). Bu durumda ortaklar ve şirket tüzel kişiliğinin sahip olduğu yetkiler fona intikal ettiğinden, ortakların ve bankanın sorumluluk davası açma yetkisi hukuken mevcut değildir. Bunlar adına genel hükümler çerçevesinde aılabilecek sorumluluk davalarını, TMSF açabilecektir. Esasında fonun atığı dava ile ortaklar ya da bankanın açacağı davalar aynı neticeyi amaçladığından, kimin tarafından dava aıldığıнын pratik bakımdan faydası bulunmayacaktır. Yasal düzenlemeden çıkan sonuç, fonun ortaklara ait tüm yetkileri, ortakların talep ve iradelerinden bağımsız olarak kullanabileceği yönündedir. Bu nedenle ortaklardan gelen dava açılmasına yönelik taleplere fonun riayet etme mecburiyeti yoktur. Ancak bu halde, fonun gerek ortakların taleplerine riayet etmemesi, gerek ihmali neticesinde çeşitli kötüye kullanımlar ortaya çıkabilecektir ve ortakların haklarının müdahale imkanları olmayacak şekilde ihlali söz konusu olabilecektir. Bu açıdan yasal düzenlemede, ortakların temettü haklarının yanı sıra, koruyucu haklar arasında yer alan sorumluluk davası açma haklarına da müdahale edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Fona devrin hukuki sonuçları nazara alındığında, dolayısıyla zararlara ilişkin olarak alacaklıların dava hakları bakımından, fona devrin sorumluluk davalarına etkisi bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Fona devre rağmen, alacaklıların yanı sıra, ortakların da doğrudan zararları bakımından dava yetkilerinin mevcut olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü bu halde dava hakkı ortak sıfatından değil; zarar gören sıfatından, yani ortakların alacaklı sıfatından kaynaklanmaktadır. Fona devrin alacaklıların dava hakları üzerinde etkisinin bulunmaması, böyle bir sonucun kabulünü gerektirmektedir.

2. Faaliyet İzninin Kaldırılması Sonrasında

Faaliyet izninin kaldırılması, bankanın yönetim ve denetim haklarının fona geçmesini ifade etmektedir. İzin kaldırılmasıyla banka aleyhine açılan tüm icra ve iflas takiplerinin duracağı kanunda açık şekilde düzenlenmekle birlikte, yöneticiler hakkında açılacak sorumluluk davaları bakımından böyle açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bakımdan bu dönemde sorumluluk davasının açılıp açılmayacağı genel hükümler çerçevesinde incelenmelidir.

Bankacılık Kanunu faaliyet izninin kaldırılması halinde, banka yönetim ve denetiminin fona intikal edeceğini kabul etmekle birlikte, ortaklık hakları bakımından suskun kalmaktadır (Bank.K m. 106/I). Yönetimin fona intikali çerçevesinde, yönetim kavramının geniş anlamı esas alınmak suretiyle genel kurulun yönetime ilişkin yetkilerinin de fona intikal ettiği şeklinde bir yorum akla gelmekle birlikte, Bankacılık Kanunu düzenlemeleri, geniş anlamda yönetim kavramına uygun yorum yapılmasını engellemektedir. Bankacılık Kanunu'nun 109/I. maddesinden, fona intikal halinde genel kurulun varlığını koruduğu ve dolayısıyla pay sahiplerinin haklarını –sınırlı da olsa- kullanmasının mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır²⁸¹. Bu durumda şirket ve pay sahipleri, sorumluluk davası açma haklarını kullanabileceklerdir. Keza alacaklılar da dolaylı zararlar için aynı haklara sahip olacaktır. Doğrudan zararlar bakımından ise, fona devir halinde kabul edilen esaslar geçerli olacaktır.

²⁸¹ Bankanın tasfiye haline girmesi halinde dahi pay sahiplerinin haklarını tasfiye gayesiyle sınırlı olarak kullanması mümkündür. Bkz. **İzmirli**, Yadigar; TTK'ya Göre Tasfiye Memurlarının Görev Yetki ve Sorumlulukları, Ankara, 2001, s. 26

III. BÖLÜM

SORUMLULUĞUN MADDİ ŞARTLARI

§ 6. KANUNA AYKIRILIK

I. KANUNA AYKIRILIK KAVRAMI VE İŞLEVLERİ

Kanuna aykırılık, kanun koyucunun normlaştırmak suretiyle yön verdiği davranış kurallarının ihlali halinde ortaya çıkar. Kanun koyucu öngördüğü davranış kuralının ihlaline çeşitli sonuçlar bağlamak suretiyle, kurula riayet edilmesini sağlar. Bazı hallerde kanuna aykırılığa telafi edici, bazı hallerde ıslah edici, bazı hallerde de geçerliliği sorgulayıcı sonuçlar bağlanmıştır.

Hukuk düzeninde yaptırımlar, cezai, idari ve hukuki olmak üzere üçlü bir sınıflamaya tabi tutulabilir. Her üçünde de yaptırımlar esasında onarıcı niteliktedir. Bu onarım kural olarak işlem veya eylemde bulunanın ya da maruz kalanın şahsı veya malvarlığında gerçekleşir. Özel hukuk bakımından da onarıcı işlev ön plandadır ve aslolan, işlem veya eylem öncesindeki hukuki durumun oluşturulmasıdır. Ancak bazı hallerde bunun gerçekleştirilmesi imkânsız hale gelir ya da oldukça zorlaşır, işte bu halde doğan zararın başka bir surette telafisi yolu tercih edilir. Örneğin kanuna riayet etmeme bazı avantajlardan yararlanmayı engelleyebilmekte ya da sona erme sebebi olabilmektedir (TTK m. 84, 274/II). Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ancak kanuna aykırılık halinin en önemli yaptırımlarından biri zararın tazmini ve bu bağlamda hukuki sorumluluktur²⁸². Hukuki sorumluluğun gerçekleşmesi bakımından tek başına kanuna aykırılığın varlığı yeterli olmayıp, sorumluluğu gerektiren diğer unsurlarla, bunların en önemlisi olarak da zararlarla birleşmesi gerekir. Salt davranış kuralı ihlali, ortada bir

²⁸² Hukuki sorumluluk gerektiren hallerde sorumluluğun hukuka aykırılık unsurunu vurgulamak amacıyla kanun koyucu farklı terimler tercih etmektedir. Bu kapsamda bazen “*kanuna aykırı*” (BK.m. 49/I; TTK m. 54/I; Bank.K m. 110/I), bazen “*haksız*” (BK.m. 41/I, 63/I), bazen “*hukuka aykırı*” (TTK m. 1256/II) ibareleri tercih edilmektedir.

zarar olmaksızın hukuki sorumluluğu gerektirmez. O halde sorumluluk hukuku bakımından kanuna aykırılık, hukuk düzeninin olası bir zarardan korumak amacıyla öngördüğü davranış kuralının ihlalini ifade eder.

II. KANUNA AYKIRILIK KAVRAMININ KAPSAMI

A. Genel Olarak

Banka yönetici ve hakim ortakların hukuki sorumluluğunda maddi şartlarından ilki kanuna aykırılıktır. Bu husus Bank.K m. 110/l'de "...*kanuna aykırı karar ve işlemleriyle...*" denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir²⁸³. Kanuna aykırılık zaman itibariyle, işlem ya da kararın alındığı tarihteki kanuna aykırılığı kapsar²⁸⁴. Aykırılık yapmak ya da yapmamak şeklinde gerçekleşebilir ve gerçekleşme şeklini normatif düzenleme belirler.

Kanuna aykırılık kavramı, öncelikle şekli anlamda kanunu, yani yasama organı tarafından bu ad altında çıkarılan düzenlemeleri kapsar. Banka yöneticilerinin hukuki sorumluluğu bakımından bunların başında Bankacılık Kanunu gelir. Banka yöneticileri, Bankacılık Kanunu hükümlerine riayetsizliğin neticesi olarak, şahsi sorumluluk hükümlerine tabi olacaklardır.

Ancak sorumluluk normu olan Bank.K m. 110/l'de geçen kanuna aykırılık kavramının kapsamı sadece Bankacılık Kanunu ile sınırlı değildir. Bu sonuç esas itibariyle kanun koyucunun amacı ve bu amaca ışık tutan kanun yapım tekniğinden kaynaklanmaktadır. Çünkü Bankacılık Kanunu'nda "kanun" ibaresinin ilk harfinin büyük ve küçük harfle yazımına özel bir itina gösterilmiş ve Bankacılık Kanunu'nun kastedildiği hallerde özellikle "bu Kanun" ibaresi kullanılmıştır²⁸⁵. Sorumluluk maddesinde böyle özel bir kullanım bulunmamaktadır ve bu bakımdan şekli anlamdaki diğer kanunlar da, kanuna aykırılık kavramının kapsamının belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Örneğin kanuna aykırılık, sadece bankanın işleyişini ilgilendiren

²⁸³ Mülga 4389 sayılı kanunun 17. maddesinde de "*kanuna aykırılık*" ibaresi kullanılmaktadır. Maddenin uygulanmasıyla ilgili olarak Bkz. 5411 s. K. Geçici madde 11.

²⁸⁴ **Reisoğlu**, s. 1370; **Alıcı**, s. 1055. Bu yönde 5411 s. K. geçici madde 11'e bakınız

²⁸⁵ Bkz. Bank.K m. 1,2,3 vs. ve özellikle 33/II.

normların ihlali halinde değil, banka mudi ve müşterilerine haksız yere zarar verilmesini yasaklayan genel bir normun ihlali halinde de mevcuttur. Bu halde, yani bankanın sorumluluğunun gerçekleşmesi halinde, buna sebebiyet veren kusurlu yöneticiler, kanuna aykırı karar ve işlemleri nedeniyle şahsi sorumluluğa ilişkin hükümlere tabi olacaktır.

Sorumluluk maddesinde yer alan kanuna aykırılık, şekli anlamda kanun yanında, maddi anlamda kanunu da kapsar. Bu nedenle yasanın verdiği yetkiye dayalı olarak çıkarılan alt düzenleyici işlemlere aykırılık da, yöneticilerin hukuki sorumluluğunun doğması bakımından yeterli olacaktır²⁸⁶. Bunların başında Bankacılık Kanunu'nun verdiği yetkiye dayalı olarak gözetim otoritesi olan BDDK tarafından çıkarılan yönetmelikler ve diğer alt düzenleyici işlemler gelmektedir²⁸⁷. Ancak sadece BDDK tarafından çıkarılanlar değil, banka işletmesi faaliyetlerine yönelik diğer alt düzenleyici işlemler de kanuna aykırılık kavramının kapsamının belirlenmesine hizmet eder. Bu bakımdan, yöneticilerin sorumluluğu açısından kanuna aykırılığın, hukuka aykırılığı içerecek bir kapsamda olduğunu kabul etmek gerekir²⁸⁸.

Kanuna aykırılık bakımından, başta yönetim kurulu olmak üzere yöneticilerin genel idare yükümlülüğünün özel bir önemi bulunmaktadır. Zira yöneticiler kendi görev alanlarıyla ilgili olarak genel anlamda idare yükümü altındadırlar ve bu yükümün kapsamının önceden somut olarak belirlenmesi fiilen mümkün olmayabilir. Genel idare yükümlülüğü kapsamında yer alan bir işlemin yapılmaması ya da kararın alınmaması şahsi sorumluluğu gündeme getirebilir. Bu nedenle genel idare yükümlülüğüne aykırılık, kanuna aykırılık kavramının kapsamını genişleten bir unsur olarak dikkate alınmalıdır. Somut olarak idare yükümünün özenle gerçekleştirilmesi gerektiğinden, özenli idare yükümünün ihlali, kanuna aykırılık kapsamında kabul edilmelidir²⁸⁹. Özenli idarenin sınırlarını belirleyecek olan her türlü esas, kanuna aykırılık kapsamında değerlendirilmelidir. Örf adet hukuku kaideleri, bankacılık ilke ve teamülleri de bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

²⁸⁶ **Reisoğlu**, s. 1370; **Alıcı**, s. 1055

²⁸⁷ Krş. **Tekinalp**, (Fondaki Banka, 2003), s. 77

²⁸⁸ **Tekinalp**, (Fondaki Banka, 2003), s. 76

²⁸⁹ Krş. **Tekinalp**, (Fondaki Banka, 2003), s. 77; **Reisoğlu**, s. 1370

Bankacılık ilke ve teamüllerinin neyi ifade ettiği hakkında yasal bir tanım mevcut değildir. Sözkonusu ilke ve teamüller bankacılık uygulaması neticesinde süreklilik kazanmış olmakla birlikte, örf adet hukuku kaidesi haline dönüşmemiş olan kurallardır. Kanaatimizce ilke ve teamüllerin ayrı ayrı değil, bir bütün olarak ele alınması gerekir. Öğretide genel kabul görmüş bankacılık ilkelerinin bir yandan bankacılık işletmesine ilişkin olarak mevzuatta öngörülen düzenlemelerden, diğer yandan iyi bir idare ve işletme politikası gereklerinden kaynaklandığı kabul olunmaktadır²⁹⁰. Bu tanımlama ilke ve teamülleri kapsayacak içeriktedir. “Emniyet, likidite ve seyyaliyet”in bu ilkeler arasında yer aldığı kabul edilmektedir²⁹¹.

Öğretide mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun denetlemeler sonucunda alınacak tedbirlere ilişkin 14. maddesinden hareketle, bankacılık ilke ve teamüllerinin, kanuna aykırılık kavramının kapsamının belirlenmesinde nazara alınamayacağı görüşü savunulmaktadır²⁹². Anılan madde denetlemeler sonucunda alınacak tedbirlerle ilgilidir. 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun sorumluluk maddesi olan 17. maddesinde teamüller yer almamaktadır. Aynı durum 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun şahsi sorumluluğu düzenleyen maddesi bakımından da geçerlidir. Bu maddede kanuna aykırılıktan bahsedilmekte, ancak banka hakkında uygulanacak tedbirleri düzenleyen maddede, teamüllerden bahsounmamaktadır. Kanaatimizce bu durum, bankacılık ilke ve teamüllerine aykırı işlem ve kararların, kanuna aykırılık kapsamında değerlendirilemeyeceği yorumunu haklı kılmamaktadır. Yasa halen banka faaliyetlerinin, bankacılık teamüllerine uygun yürütülmesini amir durumdadır (Bank.K m. 30). Bu bakımdan yöneticiler de sorumlulukları bakımından, bu amir düzenlemeye tabidirler.

Bankacılık Kanunu’nda, TTK’nın genel sorumluluk maddesi olan 336. maddedeki gibi ayrıntılı bir düzenleme mevcut değildir. TTK’nın anılan maddesinde, esas sözleşmeye aykırılık ve genel kurul kararlarının sebepsiz olarak yerine getirilmemiş olması da hukuki sorumluluk sebebi olarak kabul

²⁹⁰ Bkz. **Lutz**, Art. 4ter Rn. 2, yazar burada genel kabul gören bankacılık ilkelerinden (*Grundsätze*) bahsetmektedir.

²⁹¹ **Taşdelen**, s. 486

²⁹² **Reisoğlu**, s. 1370; Aynı yönde **Tekinalp**, (Fondaki Banka, 2003), s. 77

edilmiştir. Bankacılık Kanununda yer alan düzenlemede ise sadece “*kanuna aykırı*”lıktan bahsolenmektedir. Bu durumda esas sözleşmeye ve genel kurul kararlarına aykırılığın, hukuki sorumluluk bakımından kanuna aykırılık kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Öğretideki baskın eğilim, kanuna aykırılığın kapsamını şekli ve maddi anlamda kanunla sınırlamak yönündedir²⁹³. Kanaatimizce Bankacılık Kanunu’nda bu konuda açık bir düzenleme bulunmasa da, kanuna aykırılığın kapsamına esas sözleşmeye ve genel kurul kararlarına aykırılık da girmektedir. Çünkü kanuna aykırılık kavramı, hukuka aykırılığı kapsayacak bir içeriktedir²⁹⁴. Öte yandan esas sözleşme banka organlarının tamamını bağlayan bir iç düzenlemedir. Genel kurulun üst organ niteliği bulunmamakla birlikte, aynı zamanda idare organı olan genel kurul kararları, hiyerarşik olarak yönetim kurulunun ve diğer yöneticilerin uyacakları esasları belirleyebilir. Ancak kendisine idare görevi verilenler, bunu bizzat veya alt birimler vasıtasıyla yerine getirirken, özen yükümünün gereklerini, bu kararlara üstün tutmalıdır. Genel kurul kararları bakımından bu esas TTK m. 336/I,4’de açıkça ifade edilmiştir. Bu durum aynı zamanda yönetim kurulunu oluşturan çoğunluğun, belli işlem ve kararları genel kurulda aldirmek suretiyle yönetim kurulunu sorumluluktan kurtarmasını engelleyecek mahiyettedir. Aykırılıkların Bank.K m. 110 maddesinde öngörülen koşulları taşıması halinde, bunun kanuna değil, esas sözleşmeye veya genel kurul kararına aykırı olduğu şeklindeki savunma sebebi de bu surette himaye dışı kalmış olur. Söz konusu esaslara aykırılık da özenli idare ve Bankacılık Kanunu ve TTK’nın öngördüğü organik yapılanmanın gereği olarak, kanuna aykırılık kapsamına girecektir. Aksini kabul, kanuna aykırılık kavramının, hukuka aykırılık kavramından daha dar bir kapsama sahip olduğunu ifade eder. Ancak yasal düzenleme, böyle bir ayrımı haklı kılacak içerikte değildir.

²⁹³ Reisoğlu, s. 1370: Alıcı, s. 1055: Akdağ-Güney, s. 55

²⁹⁴ Tekinalp, (Fondaki Banka, 2003), s. 76

B. Kapsamın Sınırlandırılması

Bankacılık Kanununda öngörülen sorumluluğun şartı olan kanuna aykırılık kavramı yukarıda ifade edildiği üzere oldukça geniş bir kapsama sahiptir. Hukuki sorumluluğun gerçekleşme biçimindeki istisna durum nedeniyle, öğretilerde kanuna aykırılık kavramının kapsamını sınırlamaya yönelik bir eğilim mevcuttur²⁹⁵.

Kanaatimizce sorumluluğu sınırlayan esaslar, sorumluluğun münferit unsurları bakımından ele alınmalıdır. Sorumluluk hakkında en önemli sınırlandırma, kusur unsuru yönünden ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, münferit unsurların, bu kapsamda kanuna aykırılık unsurunun kapsamının sınırlanması da mümkündür.

1. İlişkili Kanunlar Görüşü

Öğretilerde *Tekinalp* tarafından savunulan görüşe göre Bankacılık Kanunu'nda yer alan kanuna aykırılık ibaresi, kural olarak, Bankacılık Kanunu ve TTK'yu kapsamaktadır²⁹⁶. Görüş şekli anlamda kanun nazariyesi ile desteklenmektedir. Bu kapsamda kanun niteliği taşımayan esas sözleşme, borçlar hukuku sözleşmeleri ve BDDK kararları, yöneticilerin iflasına yol açabilecek nitelikte değildir²⁹⁷.

Görüş uyarınca Bankacılık Kanunu ve TTK dışındaki kanunlar bakımından bir ayırım yapılması gerekmektedir. Ayırımı belirleyici olan kriter, ilgili “...*kanun ile bankacılık arasında reddedilmez bir bağlantı...*” olmasıdır²⁹⁸.

Tekinalp bu bağlantıyı örnekler vermek suretiyle açıklamaktadır. Bu kapsamda Bankacılık Kanunu ve TTK haricindeki kanunlara aykırılık halinde, mesela Sermaye Piyasası Kanunu'na, vergi mevzuatına ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a aykırılık hallerinde, Bankacılık Kanunu'nda ifade edilen anlamda kanuna aykırılık unsurunun mevcudiyetinin derhal kabul edilemeyeceğini, bu kanunlarla bankacılık arasında reddedilmez bir

²⁹⁵ *Tekinalp*, (Fondaki Banka, 2003), s. 76

²⁹⁶ *Tekinalp*, (Fondaki Banka, 2003), s. 76

²⁹⁷ *Tekinalp*, (Fondaki Banka, 2003), s. 77

²⁹⁸ *Tekinalp*, (Fondaki Banka, 2003), s. 76

bağlantının mevcudiyetine yönelik zihni bir değerlendirmenin yapılması gerektiğini savunmaktadır²⁹⁹.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Bankacılık Kanunu'nda yer alan kanuna aykırılık kavramı, hukuka aykırılık kavramını kapsayacak bir içeriğe sahiptir ve kavramın dar yorumlanması, kanun koyucunun kanun metnine de yansıttığı amacı ile bağdaşmamaktadır. *Tekinalp*'in "ilişkili kanunlar görüşü" ise, sorumluluğun unsuru olarak kanuna aykırılık kavramının kapsamını sınırlayan bir yaklaşımı içermektedir. Kanaatimizce de kapsamın sınırlanması mümkündür. Ancak bu sınırlama, *Tekinalp* tarafından ortaya konulan kriterin, normun koruma amacı ve bankacılık faaliyetleri kapsamında desteklenmesini gerektirmektedir.

2. Normun Koruma Amacı

Kanuna aykırılık kavramının, kullanılacak gerekçeye ve bakış açısına göre farklı içerikte yorumlanması sözkonusu olabilir. Her kanun (veya norm), lafzen zikretse ya da zikretmese de belli bir amaca yöneliktir. Kanunların amacı, onların koruma hedefi taşıdığı kişi, olay ya da kurumları kapsamına alır. Bu bakımdan Bankacılık Kanunu'nun sorumluluk maddesinin gayesinin ortaya konulması ve bu amaç çerçevesinde sorumluluğun sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı incelenmelidir.

Normun koruma amacı (*Schutzzweck der Norm*) ya da hukuka aykırılık bağı (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*) adı verilen teori, ihlal edilen normun korumak istediği amacı belirlemek suretiyle sorumluluğun sınırlandırılmasına imkân sağlamaktadır³⁰⁰. Teori, ihlal edilen normun korumak istediği amaç ile doğacak zarar arasındaki bağı tesbiti ve bu surette zararın tazmininin gerekip gerekmediğinin incelenmesi esasına dayanır³⁰¹. Teori, bu isim altında olmasa da uzun yıllar uygulanmış ve fakat dogmatik niteliğini

²⁹⁹ **Tekinalp**, (Fondaki Banka, 2003), s. 76

³⁰⁰ **Eren**, Fikret, Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara, 1975, s. 461

³⁰¹ **Eren**, (Normun Koruma Amacı, 1975), s. 462: **Oğuzman**, Kemal M./**Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2009, s. 494

yakın zamanda kazanmıştır³⁰². Teori hakim görüşe göre sorumluluğun hukuka aykırılık unsurundan bağımsız bir öge olarak değerlendirilmektedir. Ancak normun koruma amacını hukuka aykırılık unsuru içerisinde değerlendiren yazarlar da bulunmaktadır³⁰³.

Teori uyarınca bir norma aykırılığın tazminat talebi doğurabilmesi için, norma aykırılık teşkil eden işlem ya da eylemin, normun korumak istediği menfaati ihlal etmiş olması gerekir³⁰⁴. Bankacılık Kanununda yer alan sorumluluk normunun korumak istediği menfaatin belirlenmesi, hangi hallerin kanuna aykırılık kapsamında değerlendirilebileceği sorununun çözümü bakımından önem taşımaktadır.

TTK'da ve Borçlar Kanunu'nda yönetici olarak nitelendirilen kimselerin sorumluluğu bakımından yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak buna rağmen Bankacılık Kanununda özel bir sorumluluk maddesine yer verilmiştir. Bu bakımdan her şeyden önce Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen sorumluluk normu, yöneticilerin işlemleri nedeniyle bankanın uğrayacağı zararların tazmini bakımından özel bir düzenlemedir.

Kanaatimizce sorumluluk normunun amacının belirlenmesi bakımından, Bankacılık Kanunu'nun genel gayesinden yararlanılabilir. Bu gaye, bankacılık faaliyetlerinin özel olarak düzenlenmesi mecburiyetinden kaynaklanmaktadır ki, kanunda açıkça zikredilsin ya da edilmesin, yatırımcıyı ve fonksiyonu koruma olarak iki başlık altında değerlendirilir. Başka bir deyişle, Bankacılık Kanunu'nun amaçlarının ortaya çıkması, bankacılık faaliyetlerinin özelliklerine dayanır. Bankaların iktisadi önemi nedeniyle, bu işletmeler hemen tüm devletlerde özel bir hukuki rejime tabidirler. Hukukumuzda da aynı esas geçerlidir ve banka yönetiminde görev alanlar 1936 yılından bu yana özel bir sorumluluğa tabidirler. Bu sorumluluk özü itibariyle bankanın iktisadi faaliyetlerini gerçekleştirme imkânını kaybetmesi neticesinde ortaya çıkmakta ve zarar doğuran bankacılık faaliyetleri nedeniyle yönetimde bulunanları yaptırıma tabi kılmaktadır. Bu nedenle

³⁰² Ayrıntılı bilgi için Bkz. **Eren**, (Normun Koruma Amacı, 1975); **Atamer**, M. Yeşim, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul, 1996, s. 70 vd.

³⁰³ **Eren**, (Normun Koruma Amacı, 1975), s. 465

³⁰⁴ **Eren** (Normun Koruma Amacı, 1975), s. 463

sorumluluk maddesinin varlık sebebi, bizatihi bankacılık faaliyetlerinin taşıdığı önem ile açıklanabilir. O halde sorumluluğun amacı, yöneticileri, *bankacılık faaliyetleri* nedeniyle, nitelikli bir yaptırıma tabi kılmak, daha özenli davranmaya sevketmektir.

Normun amacı, banka yöneticilerini, *bankacılık faaliyetleri* bakımından özel bir yaptırıma tabi kılmak olduğundan, bankacılık faaliyetlerinin kapsamının ortaya konulması gerekir. Temel bankacılık faaliyetleri, bankaların kredi vermek ve mevduat toplamak şeklinde gerçekleşen işlemlerdir. Bir işletmenin banka olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuran işlemler, bu iki faaliyet türü çerçevesinde gerçekleştirilen işlemlerdir. Cumhuriyet dönemi başlangıcında yer alan banka kanunlarında, bankaların yürütecekleri faaliyetler tek tek sayılmamakla birlikte, bankayı karakterize eden ve bir işletmenin banka işletmesi olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuran faaliyetler, bu iki faaliyettir. Yasal sınırlar içerisinde bankaların faaliyet konularının genişlemesi mümkündür. Ancak yasal sınırlar içerisinde yürütülen başkaca faaliyetler, banka ya da banka işletmesi niteliğinin kazanılması sonucunu doğurmadığı gibi; yasanın izin verdiği diğer faaliyetlerde bulunmamak, mevcut banka vasfını ortadan kaldırmaz. Bankaların izin dahilinde yapabilecekleri faaliyetleri tek tek sayan yürürlükteki 5411 sayılı Bankacılık Kanunu bakımından da aynı neticeyi kabul etmek gerekir. Bankacılık Kanununun 4. maddesinde zikredilen sermaye piyasası, faktoring, sigorta acenteliği gibi faaliyetlerin banka tarafından yürütülüyor olması halinde, bunlara ilişkin mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, sorumluluk maddesinde belirtilen kanuna aykırılık kavramı kapsamında değerlendirilemez. Gerçi bu durum ilgili yöneticinin diğer sorumluluk hükümleri çerçevesinde hukuken sorumlu tutulmasına engel olmaz, ancak özel bir sorumluluk hükmü olan Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesi uyarınca sorumlu olmasını engeller. Bu bakımdan Bankacılık Kanunu'nun sorumluluk maddesinde yer alan "*kanuna aykırılık*" kavramını, bankacılık faaliyetleri bakımından kanuna aykırılık olarak değerlendirmek gerekir.

İşletmeyi banka olarak karakterize eden kredi vermek ve mevduat toplamaya yönelik işlemlerin neler olduğu, somut olaya konu ihtilaf esas alınmak suretiyle belirlenir. Yöneticilerin işlemleri, Bankacılık Kanunu ve bankacılıkla ilgili diğer mevzuatın kredi ve mevduata ilişkin hükümlerine ilişkinse, ihlal edilen normun bankacılık faaliyetlerine ilişkin olup olmadığını değerlendirme bakımından çoğu zaman sorun çıkmaz. Ancak bazı hallerde mevzuatta yer alan düzenlemenin, klasik bankacılık faaliyetleri olan kredi verme ve mevduat toplama ile ilgili olmaması halinde de bankacılık faaliyetlerine yönelik bir düzenlemenin varlığı kabul edilebilir. Örneğin TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümleri ile ticari işletmeye ilişkin hükümleri, her tür işletmeyi kapsadığından, bankacılık faaliyetlerine ilişkin olarak banka tüzel kişiliği ve işletmesinin bu kanunda yer alan esaslara aykırı işlemleri, bankacılık faaliyetleri kapsamında değerlendirilmelidir.

Bir normun banka işletmesini ilgilendirip ilgilendirmediğini tayinde ilkin şekli bir kriterden yararlanılabilir. Düzenlemenin adının Bankacılık Kanunu olması ya da kanunun verdiği yetkiye dayalı olarak bankacılıkla ilgili bir alt düzenleyici işlemin bulunması, kural olarak, bankacılık faaliyetini ilgilendiren bir kanunun bulunduğunu gösterir. Ancak banka işletmesini ilgilendiren faaliyetlere ilişkin kanunları, şekli anlamda düşünmemek gerekir. Başka deyişle, düzenleme doğrudan banka işletmesini ve onun faaliyetlerini esas almayan, genel bir hüküm olabilir. Somut olay şartları, bu norma bankacılık işletmesi bakımından uygulama kabiliyeti kazandırıyorsa, ihlali şahsi sorumluluk bakımından kanuna aykırılık olarak değerlendirilmelidir³⁰⁵. Örneğin banka ile cari hesap ilişkisi bulunan, bankada ciddi meblağda mevduatı ve müşteri senetleri bulunan büyük bir işletme, banka yöneticilerinin haksız işlem ve kararları sebebiyle itibar kaybederek iflas etmiş, akabinde işletme sahibinin bankaya rücu etmesi ve banka hakkında işletme lehine hüküm altına alınan tazminat nedeniyle Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesi hükümleri uygulanmış ise, bu takdirde yöneticilerin hukuki sorumluluğuna gidilmesini engelleyen bir neden bulunmamaktadır. Kanunun

³⁰⁵ *Tekinalp* bu hususta "bankacılıkla reddedilemez bir ilişki" bulunması kriterini benimsemektedir. Bkz. *Tekinalp*, (Fondaki Banka, 2003), s. 76

doğrudan ya da dolaylı olarak bankacılık faaliyetleri ile ilgili olmaması, Bank.K m. 110 anlamında “kanun” olarak nitelendirilmesine engel değildir.

3. Kredi İşlemleri

Klasik bankacılık faaliyetleri bakımından özellikle kredi verme ya da kullandırma şeklinde gerçekleşen faaliyetin kapsamının belirlenmesi özellik arz etmektedir. Çünkü Bankacılık Kanunu’nda hangi işlemlerin kredi olarak nitelendirileceği özel olarak belirlenmiştir(Bank.K m. 48) ve bu düzenlemenin sorumluluk hukuku bakımından kredi verme işlemi kapsayıp kapsamadığı tereddüt doğurmaktadır.

Bankacılık Kanununda kredi kavramının kapsamı sayma yoluyla belirlenmiş ve ayrıca BDDK tarafından kredi olarak kabul edilen işlemlerin de bu kapsamda değerlendirileceği hükme bağlanmıştır³⁰⁶ (Bank.K m. 48). Belirtilen kapsama giren işlemlerde bulunulması, kredilere ilişkin hükümlerin uygulanması yolunu açmaktadır. Sorumluluk hukuku bakımından ise, kredi işlemi yapılması, kanuna aykırılık halinde Bankacılık Kanunu’nun öngördüğü özel yaptırımı gerekli kılacaktır. Ancak kanunun 48. maddesinde kredi tanımında kullanılan işlemler ile, bankacılık faaliyetlerinin sayımının yapıldığı 4. maddedeki faaliyetler karşılaştırıldığında, sorumluluk hukuku bakımından esas alınan kredi verme faaliyetinin kapsamının daha dar olduğu sonucu çıkmaktadır. Kanunun 48. maddesi uyarınca belli işlemlerin kredi kapsamında sayımına gidilmesinin nedeni, banka bakımından risk teşkil eden işlemleri kredi sınırları kapsamına sokmak, özkaynaklarla uyumlu şekilde kredi tahsisini sağlamak ve likidite, kredi yasak ve sınırlarına ilişkin

³⁰⁶ Bank.K m. 48/I’ e göre, “Bankalarca verilen nakdi krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdi krediler ve bu niteliği haiz taahhütler, satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdi krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayrinakdi kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları ve Kurulca kredi olarak kabul edilen işlemler izlendikleri hesaba bakılmaksızın bu Kanun uygulamasında kredi sayılır.”

hükümlerin dolanılmasının önüne geçmektedir³⁰⁷. Bu nedenle kredi kavramının kapsamı, kanuni tanımda oldukça geniş tutulmuştur. Dolayısıyla 48. maddedeki sayımın gayesi, sorumluluk hukuku bakımından esas alınacak kredi kavramını belirlemek değildir. Başka deyişle kanun koyucu, kanunun uygulanması bakımından kredinin ne anlam taşıdığını 48. maddede belirlerken, bankacılık faaliyetlerinden biri olan kredi vermenin, bundan daha dar kapsamlı olduğunu kabul etmektedir(Bank.K m. 4). Kanunun 48. maddesinde kredi olarak tanımlanan bazı işlemler, 4. madde anlamında “*kredi verme*” faaliyeti dışında kalmaktadır. Sorumluluk normu bakımından normun amacı, bir işletmenin banka olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuran faaliyetler nedeniyle özel bir sorumluluk hali öngörmek olduğundan, sorumluluğu gerektiren kredi faaliyetlerini 4. madde kapsamında anlamak ve 48. maddede kredi olarak nitelendirilen işlemler, bu madde uyarınca kredi faaliyeti dışında kalıyorsa, sözkonusu faaliyetlere ilişkin işlemler bakımından özel sorumluluğun sözkonusu olmayacağını kabul etmek gerekir. Bu bakımdan 48. maddede kredi olarak nitelendirilen sermaye piyasası araçlarının satın alınması, ters repo işlemleri, opsiyon sözleşmeleri kapsamında üstlenilen riskler gibi işlemler ya da ortaklık payından doğan zararlar nedeniyle yöneticilerin özel sorumluluğu sözkonusu olamaz. Çünkü bu hallerde kanunun 4. maddesi anlamında bir kredi verme hali sözkonusu değildir.

Kredi kavramının kapsamının, gözetilen amaca göre sınırlandırılması sorunu Alman hukukunda yasal düzenleme ile çözüme bağlanmıştır. Alman hukukunda kredi kavramının banka hukuku bakımından farklı boyutları gözetilmek suretiyle, kavram üç farklı anlamda kullanılmıştır.

Kavramın ilk anlamı, bankacılık faaliyeti olarak kredi işlemidir. Alman Kredi İşleri Kanunu'nun (KwG.) 1. maddesinde, kredi işleminin (*Kreditgeschäft*) bir bankacılık faaliyeti olduğu kabul edilmektedir. Bu anlamda kredi işlemi, münhasıran para ödücünü (*Gelddarlehen*) ve kabul

³⁰⁷ **Alıcı**, s. 428; Alman hukukunda aynı yönde Bkz. **Schäfer**, Frank A., In Kreditwesengesetz, Kommentar, Hrsg. von Boos, Karl-Heinz/Fischer, Reinfrid/Schulte-Mattler, Hermann, München, 2008, § 1 KwG., Rn. 44

kredisini (*Akzeptkredit*) kapsamaktadır (KwG. § 1,1,2). Ödünç kavramı BGB.'nin 488. maddesi anlamında ödünç ilişkisi kurulmasını kapsamakta, ancak bunun sadece paranın ödünç verilmesiyle sınırlı olduğu kabul edilmektedir³⁰⁸. Ödünçün bankanın özkaynaklarından ya da yabancı kaynaklardan verilmesi arasında bir fark yoktur³⁰⁹. Alman hukukunda kredi faaliyeti kapsamında değerlendirilen bir diğer işlem, kabul kredisidir. Burada banka bir poliçeyi kabul etme yükümlülüğüne girmekte ve kabul sonrası vadede karşılığı ödemektedir³¹⁰. Bu iki işlem Alman hukukunda bankanın kredi işlemi-faaliyeti olarak nitelendirilmektedir. Buradaki kredi işlemi kavramı, sadece gözetim hukuku bakımından önem taşımaktadır ve gözetimi gerekli olan işlemin kapsamını belirlemek amacıyla bu tanım yapılmıştır³¹¹.

Alman hukukunda, hangi işlemlerin kredi sayıldığı hususunda KwG. § 19 ve § 21'de iki ayrı düzenleme daha bulunmaktadır. Her iki düzenlemede aynı kavramın kapsamı belirlenmesine rağmen, aralarında ayniyet yoktur. Kavramlar bakımından, temelinde yatan düzenlemenin amacı önem taşımaktadır³¹².

Alman Kredi İşleri Kanunu'nun 19. paragrafında, kanunun 13-13b ve 14. paragrafında tanzim edilen büyük krediler için öngörülen düzenlemeler bakımından geçerli olan kredi kavramının kapsamı belirlenmiştir. Kredi kavramının kanuni kapsamı bakımından böyle bir ayrıma gidilmesinin nedeni, Avrupa Birliği Büyük Krediler (*Grosskredite*) Direktifidir³¹³. Bu hükmün amacı, nicel bir sınırlama koymak suretiyle, kredi işleminden kaynaklanan riski sınırlamaktır ve bunun bir aracı olarak hangi hususların kredi kapsamında yer aldığı belirtilmiştir³¹⁴. Bu madde uyarınca kredi kavramı oldukça geniş tutulmuştur. Alacak olarak tasnif edilen bütün riskler, bu madde bakımından kredi olarak kabul edilmektedir ve bilançonun tüm aktifleri ve bilanço dışı

³⁰⁸ Schäfer; § 1, Rn. 44:

³⁰⁹ Panowitz/Jung; § 1, Rn. 5.

³¹⁰ Panowitz/Jung; § 1, Rn. 5: Schäfer; § 1 KwG., Rn. 44: **Beck** u.a.Band I, § 1, Rn. 104

³¹¹ **Schäfer**, § 1, Rn. 45

³¹² **Bock**, Hellmuth, in Kreditwesengesetz, Kommentar, Hrsg. von Boos, Karl-Heinz/Fischer, Reinfrid/Schulte-Mattler, Hermann, München, 2008, § 21, Rn. 2

³¹³ RL. 92/121/EWG, ABl. L 29 von 5.2.1993

³¹⁴ **Bock**, § 19, Rn. 1

işlemlerin³¹⁵ (örneğin bilanço aktifleri için kefalet verilmesi) büyük bir kısmı kavramın kapsamındadır³¹⁶.

Alman Kredi İşleri Kanunu'nun 21. paragrafında, kanunun 15-18. paragrafları bakımından kredi kavramının kapsamı belirlenmiştir. KwG. § 21 maddesindeki kredi kavramı, § 19'da yer alan kredi kavramından oldukça farklıdır³¹⁷. Burada kredinin tahsisi bakımından, kredi alacaklısının, KwG. § 18 uyarınca iktisadi durumu hakkında açıklama yapma mecburiyeti bulunmaktadır. Düzenleme esas itibarıyla § 19'da olduğu gibi kanunun 15-18. paragrafları bakımından bankanın işletme risklerini saydamlaştırmak ve bu surette Alman gözetim mercii olan BaFin'in, bankanın üstlendiği riskleri ve kredi alacaklısını gözetimi amacıyla sevk edilmiştir³¹⁸. Madde Alman Kredi İşleri Kanunu'nun 15-18. paragrafları bakımından geçerli olan kredi kavramını tanımladığından ve Alman hukukunda banka yöneticilerinin organ kredisi bakımından sorumluluğuna ilişkin düzenleme kanunun 17. paragrafında yer aldığından, sorumluluğu gerektiren kredi kavramı, Türk hukukundakinin aksine, oldukça geniş kapsamlı şekilde düzenlenmiştir.

Türk bankacılık mevzuatında sorumluluk hukuku bakımından kredi kavramı ise, bir yandan bankaların geleneksel faaliyetleri, diğer yandan kanun koyucunun bu konuya ilişkin getirdiği sınırlamalar esas alınmak suretiyle belirlenebilir. Kanun koyucunun kredi kavramı bakımından getirmiş olduğu sınırlama, şekli nitelikte olup, kanunun 4. maddesinde kredi verme faaliyeti dışında sayılan tüm faaliyetler, kredi kavramının dışında kalır (Bank.K m. 4, BKİY m. 12). Burada sayılanların önemli bir kısmı, geleneksel anlamda bankacılık faaliyeti olup, 48. maddede kredi kapsamına girmesine rağmen, kredi verme faaliyeti kapsamında değerlendirilemeyecektir. Kambiyo senedi iştirasına ilişkin işlemler (*Diskontkredit*) buna örnek teşkil etmektedir³¹⁹ (Bank.K m. 4/I,e). Sayılan faaliyetlerin bir kısmı ise geleneksel anlamda bankacılık işlemleri arasında yer almamaktadır. Sermaye piyasası

³¹⁵ Bu işlemler için Bkz. KwG. § 19,1,2: Sözkonusu işlemler esas itibarıyla bilançoda pasif tarafta görünen (olası yükümlülükler, diğer yükümlülükler) hususları kapsar. Bkz. **Bock**, §19, Rn. 45

³¹⁶ **Bock**, § 19, Rn. 10

³¹⁷ **Bock**, § 21, Rn. 2

³¹⁸ **Bock**, § 21, Rn. 2

³¹⁹ Alman hukukunda aynı yönde Bkz. **Schäfer**, § 1, Rn. 44; **Beck** u.a.Band I § 1 KwG., Rn. 99

araçlarının aracılık amacıyla alım satımı ise bu hale örnek teşkil eder (Bank.K m. 4/l,k).

Bankaların geleneksel faaliyetleri bakımından kredi işleminin kökeni, kredi verme şeklinde gerçekleşen işlemin hukuki mahiyetinin ortaya konulması ile açıklanabilir. Bu işlemin hukuki mahiyeti, karz sözleşmesidir. Bankacılık Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca nakdi ya da gayrinakdi her tür kredinin verilmesi bu kapsamda değerlendirilmelidir. Dolayısıyla kavramın maddi açıdan oldukça kapsamlı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Her iki kriterin değerlendirmesinden ortaya çıkan sonuç, bankaların kredi verme faaliyetinin ve dolayısıyla kredi işleminin hukuki niteliği esas alınmak suretiyle oldukça geniş bir kapsama sahip olduğu, ancak 4. maddede özel olarak belirtilen faaliyetlerin kredi işlemi kapsamında değerlendirilemeyeceğidir. Sorumluluk hukuku bakımından kredi kavramının özel olarak tanımlanması gerekli olmakla birlikte, yasada özel bir tanım bulunmadığından, mevcut haliyle sorumluluk hukuku bakımından aranan kredi verme işleminin bu kapsamda anlaşılması gerekmektedir.

Bankaların kredi işlemleri ve yöneticilerin sorumluluğu bu şekilde tayin edildikten sonra, bankaların faaliyet konusu kapsamında yürüttüğü diğer faaliyetlerden doğan zararlar bakımından sorumluluğun değerlendirilmesi gerekir. Kabul ettiğimiz görüşe göre, kredi verme (ve mevduat kabulü) işlemi haricindeki işlemlerden kaynaklanan sorumluluk, genel esaslara tabi sorumluluktur. Ancak bu işlemler, bankanın kredi verme faaliyetleri kapsamında da zararlı sonuçlara yol açmışsa, özel sorumluluk hükmü uygulanabilecektir. Başka deyişle bankanın diğer faaliyetlerinden kaynaklanan zararın kapatılması için, klasik bankacılık faaliyetleri kapsamında kredi tahsisi sözkonusu olmuş ve zarar bu surette kapatılmışsa, bundan kaynaklanan zararlar da özel sorumluluk hükmünün uygulanmasını gerektirecektir.

III. KANUNA AYKIRILIĞIN GERÇEKLEŞME ŞEKLİ

Banka yöneticilerinin kanuna aykırı işlem ve kararları nedeniyle sorumluluğunu öngören düzenleme, yöneticilerin hukuka aykırı işlemlerini

engellemeyi hedefler. Bu bakımdan esas itibariyle bir haksız fiil sorumluluğu sözkonusudur.

Haksız fiil sorumluluğu, hukuk düzeninde emir ya da yasaklama şeklinde ortaya çıkan bir davranış normunun ihlalinden kaynaklanır. Sorumluluk maddesinde de kanuna aykırılık ibaresi, geniş anlamda hukuka aykırı davranmayı yasaklamaktadır. Ancak engellenmek istenilen, yöneticilerin kanuna aykırı olan her türlü eylemi değil, sadece işlem ve kararlarıdır(Bank.K m. 110/I). Normun her tür davranıştan değil de, sadece işlem ve kararlardan dolayı sorumluluğu öngörmesi, klasik haksız fiil sorumluluğunun nitelikli bir halinin mevcut olduğunu göstermektedir. Zira normun sağlamak istediği menfaat, bankanın herhangi bir davranıştan kaynaklanan zararını telafi etmek değil, öngördüğü yaptırım vasıtasıyla en uygun yönetim anlayışının oluşmasını ve banka yönetim işlerinin özenli bir şekilde yürütülmesini sağlamaktır³²⁰. Başka deyişle amaç tek başına kanuna aykırılık nedeniyle doğabilecek zarardan kaçınmak değil, bankanın iyi bir şekilde idare edilmesinin sağlanması suretiyle bunu gerçekleştirmektir. Bunun pratik sonucu işlem ve karar haricindeki davranışlardan kaynaklanan zararların dışlanması, kanuna aykırılığın karar ya da işlem şeklinde ortaya çıkmasıdır.

Karar ya da işlem, borçlar hukukundaki anlamına uygun olarak anlaşılmalıdır. Yani zarar doğuran olgunun birden fazla kimsenin aynı hususa ilişkin olarak ortak iradelerini yöneltmeleri suretiyle ortaya çıkan bir karardan ya da hukuki sonuca yönelmiş irade beyanı olarak nitelendirilen hukuki işlemten kaynaklanmalıdır. Karar veya işleme bağlı olmayan zararlar özel sorumluluğu gerektirir nitelikte değildir ve genel hükümlere tabi olarak tazmini gerekir. Örneğin Bankacılık Kanunu uyarınca yönetici kapsamında bulunan banka şube müdürünün, banka kasasında bulunan paraları çalması, diğer şartların mevcudiyeti halinde dahi özel sorumluluğu gerektirir nitelikte olmayıp, genel hükümler çerçevesinde zararın tazmini gerekir. Ancak aynı zarar, yöneticinin aynı miktar parayı bazı işlemlerle hesabına geçirmesinden

³²⁰ Aynı yönde Bkz. **Tekinalp** (2009); s. 288; *Tekinalp* normun amacının, “banka organlarını...iyi, dikkatli, ...bilinçli bir yönetim anlayışına yöneltme” olduğunu ifade etmektedir.

kaynaklanıyorsa, özel sorumluluk hükmüne tabi olarak zararın tazmini mümkün olacaktır.

Şüphesiz Bankacılık Kanunu'nun öngördüğü netice, aynı sonucu doğuran bu iki durum arasında bir ayırım yapmak değildir. Zararlardan birinin eylemden, diğerinin işlemde kaynaklanıyor olması, her birinin ayrı hukuki esaslara tabi olmasını haklı kılacak önemde değildir. Ancak kanunun lafzı, zorunlu olarak böyle bir sonucu doğurmaktadır. Kanaatimizce, işlem ve eylemler arasında böyle bir ayırım yapılmasını haklı kılan bir neden bulunmamaktadır. Bu bakımdan, zarar doğuran olgunun işlem ya da eylemden kaynaklanmasına yönelik bu ayırımın ortadan kaldırılması isabetli olacaktır.

Kanuna aykırı karar ya da işlemler, yöneticilerin sözleşmesel yükümlülükleri bakımından da bir ihlal teşkil edebilecektir. Böyle bir durumda, yöneticilerle banka arasında akdedilen sözleşmenin türüne göre özellikle kendilerine tevdi edilen iş ya da görevi özenle icra etmelerini gerektiren mevzuattaki düzenlemelerin ihlali sözkonusu olacağından, sözleşmeye aykırılık, aynı zamanda kanuna aykırılığı da ifade edecektir. Bu durumda haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılık hükümlerine müracaat bakımından TMSF serbestiye sahiptir³²¹.

Esasında TMSF ile yöneticiler arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmamakla birlikte, sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlere müracaat imkanı, TMSF'nin hem halefiyetinden, hem de tasfiyeci fonksiyonundan kaynaklanmaktadır. Ancak bu halde fonun hangi sıfatla sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlere müracaat ettiğini dava dilekçesinde belirtmesi gerekecektir. Bu durum savunma imkanları bakımından önem taşımaktadır.

§ 7. KUSUR

I. KAVRAM VE İŞLEMLERİ

Kusuru, kişinin iç dünyasında cereyan edip eylem ya da işlem şeklinde hukuk alanında ortaya çıkan davranışların arka planında bulunan, davranış

³²¹ Reisoglu, s. 1370

öncesinde ya da en geç ortaya çıkma anlarında mevcut olan irade durumu olarak tanımlamak mümkündür. Bu tanıma göre kusur, hukuk düzenince onaylanmayan psikolojik etmeni ifade eder³²². Ancak kusurun varlığı ve türü değerlendirilirken, iç dünyadaki irade değil, ortaya çıkan neticedeki durum dikkate alınır.

İrade muhataba zarar verme bilinç ve istemini içerdiği taktirde kusurun ağır şekli olan kast ya da hileden; bu bilinç ve istem bulunmamakla birlikte, öngörülebilir zarar³²³ bakımından durumun gerektirdiği tedbirlerin alınmaması halinde ise ihmalden sözedilir.

Kusur öncelikli olarak işlem ya da eylem sahibinin sorumluluğunun tesisi bakımından önem taşır (BK.m. 41/I, 96). Sorumluluğun bir şartı olarak kusurun arandığı hallerde, sorumluluğun doğumundaki *kurucu fonksiyonu* sözkonusudur. Kusursuz sorumluluk bakımından etkisi olmamakla birlikte, kusurlu sorumluluk hallerinde kusurun kurucu fonksiyonunun etkisini gösterebilmesi için somut olayda kusurun hangi seviyesinin bulunduğu önemli olmayıp, asgari düzeyde kusurun bulunması sorumluluğun doğması için yeterlidir.

Kusurun sorumluluk bakımından ikinci etkisi, tazminat miktarını tayinde kendisini gösterir (BK.m. 43/I). Bu halde kusur, sorumluluk miktarı bakımından *belirleyici fonksiyona* sahiptir. İlgilinin tazmini gereken zarar bakımından hangi ölçüde kusurunun bulunduğu dikkate alınıp, o ölçüde sorumluluk miktarında bir indirimde gidilmesi sözkonusu olmaktadır.

II. BANKA YÖNETİCİLERİNİN SORUMLULUĞU BAKIMINDAN KUSUR

Banka yöneticilerinin sorumluluğu bakımından, yasada açık bir ifade bulunmamakla birlikte, kusur bir unsur olarak aranmaktadır³²⁴.

³²² **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 492

³²³ BGE 99 II 180, 113 II 56 f., İlgili kimseden objektifleştirilmiş kusur ölçüsüne göre beklenen dikkat nazara alındığında somut zarar tehlikesinin mevcut olduğu anlaşılabiliriyorsa öngörülebilirlik şartının oluştuğu kabul edilmelidir. Bkz. **Bertschinger**, Urs; Arbeitsteilung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1999, Rn. 26 vd.

³²⁴ **Alıcı**, s. 1056; **Tekinalp**, (Banka Hukuku, 2009), s. 291; **Tekinalp**, (Fondaki Banka, 2003), s. 77; **Reisoğlu**, s. 1371: **ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp)**, kn. 621ş

Sorumluluğun unsuru olarak kusur, kast, ağır ve hafif ihmali kapsamaktadır. Ancak öğretilerde bazı yazarlar banka yöneticilerinin sorumluluğu bakımından kusurun özel bir ağırlıkta olması gerektiği düşüncesindedir³²⁵. Bu görüşte olanlara göre sorumluluk için yöneticilerin kastı ya da en azından ağır ihmal (kusur) seviyesinde kusurlu olmaları gerekmektedir.

Kusurun özel ağırlıkta olması gerektiğini savunan yazarlardan *Reisoğlu*, bu sonuca varırken, yöneticinin tacir olmamasına rağmen iflasının mümkün olması gerekçesine dayanmaktadır³²⁶. Gerçekten de iflas, tacirlere özgü bir takip yoludur. Bu statüde bulunmayanlar hakkında bu takip yolunun uygulanması son derece istisnaidir. Tacir olmamalarına rağmen banka yöneticileri hakkında iflas yoluyla takip yapılabilmesi, istisnai özelliği nedeniyle ağır bir sonuçtur. Ancak kanaatimizce sonucun ağır olması, kusurun ağır olmasının bir gerekçesi olamaz. Yöneticiler bu ağır sonucu gözeterek görevlerini kabul etmektedirler. Nitekim ne tacirlerin ne de tacir olmadığı halde iflas yoluyla takibe maruz kalan diğer kimselerin kusurlarının ağır olması gibi bir şarta mevzuatta yer verilmemiştir. Ağır olan bu sorumluluğun sınırlanması, diğer unsurlar bakımından sözkonusu olabilir. Ancak kusur hakkında böyle bir sınırlama yapılması mümkün değildir.

Aynı görüşü savunan *Tekinalp* ise, bu görüşünü pozitif hukuka dayandırmaktadır. Müellif, Bank.K m. 110/I hükmünde yer alan “*kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında 71 inci madde hükümlerinin uygulanmasına neden olduklarının tespiti halinde*” ibaresini, ağır kusurun bir gerekçesi olarak kabul etmektedir. Bu görüş uyarınca Bankacılık Kanunu’nun 71. maddesinin uygulanabilmesi için, hafif kusurun varlığı yeterli değildir³²⁷.

Gerçekten de Bankacılık Kanunu’nun 71. maddesinde sayılan ve bankanın fona devri ya da faaliyet izninin kaldırılmasını gerektiren hallerin bir kısmında, ağır ihmalden de öte, kasti işlem ya da kararlara ihtiyaç vardır³²⁸. Ancak bu durum 71. maddenin uygulanması için hafif ihmalin yeterli olmadığı

³²⁵ **Tekinalp**, (Banka Hukuku, 2009), s. 291; **Reisoğlu**, s. 1371, 1372

³²⁶ **Reisoğlu**, s. 1371, 1372

³²⁷ **Tekinalp**, (Banka Hukuku, 2009), s. 291

³²⁸ Örneğin, Bank.K m. 71/I,e hükmünde yer alan dolanlı kaynak kullanımında durum budur.

şeklinde bir yorumu haklı kılmaz. Keza banka hakkında Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinin uygulanması, sorumluluğun maddi değil şekli şartlarındandır ve devir bakımından aranan kusur ile doğmuş bulunan somut bir zararın tazmini için aranan kusur, birbirinden farklıdır.

Kanaatimizce sorumluluk bakımından kusurun özel bir ağırlıkta olması gerektiğine ilişkin görüşler ikna edici nitelikte değildir. Bu nedenle banka yöneticilerinin hukuki sorumluluğu bakımından işlem ya da kararlarda hafif de olsa ihmalle hareket edilmiş olması yeterlidir³²⁹.

III. KUSUR ÖLÇÜTÜ

Yöneticilerin sorumluluğunda, kusurun varlığının hangi ölçüte göre belirleneceği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Kast ve ağır ihmalin tesbiti bakımından ciddi bir güçlkle karşılaşılmamakla birlikte, kusurun varlığının tesbitine yarayan ölçü, özellikle hafif ihmal bakımından önem taşımaktadır.

Kusurun mevcudiyetinin tesbiti konusunda öğretide *objektifleştirilmiş ölçü* esas alınmakta ve bu aynı zamanda özen ölçütü ile örtüşmektedir³³⁰. Başka deyişle kusurun mevcut olup olmadığı, benzer bir yöneticinin işlerde göstermesi gereken özen esas alınmak suretiyle belirlenmektedir³³¹. Buna göre yöneticinin kusurlu olup olmadığı, "*sorumlu tutulacak kimse ile aynı işleri yapan makul ve dikkatli bir kimse tarafından, aynı koşullarda gösterilmesi gereken*" özen esas alınmak suretiyle belirlenecektir³³². Bu belirlemede subjektif unsurlar da etkili olmaktadır. Sorumlulukta davalı sıfatı bulunanların özel şahsi kabiliyetleri bulunuyorsa, kendisinden bu özelliklerine göre daha üstün seviyede bir özen beklenilir³³³. Subjektif unsurlar sorumluluktan

³²⁹ Bkz. **Ahçı**, s. 1056. Yazar açıkça ağır ya da hafif ihmal ayrımı yapmamakla birlikte, sorumluluğun bir şartı olarak kusurun gerekliliğini kabul etmektedir.

³³⁰ Öğretide azınlıkta kalan ve çok fazla taraftar bulamayan diğer görüşe göre, yöneticinin şahsi işlerinde gösterdiği özen (*diligentia quam in suis*), kusurun belirlenmesi bakımından dikkate alınmalıdır. Bkz. **Homburger**, Eric; Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Art. 707-726, Zürich, 1997, s. 265

³³¹ **Bürgi/Nordmann-Zimmermann**, s. 1007; **Widmer**, Peter, in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186, Hrsg. von Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf, Basel, 1994, s. 1140 vd.

³³² **Meier-Wehrli**, s. 80; **Bertschinger**, s. 17; **Hasenböhler**, Stefan, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR, im vergleich zum US-amerikanischen Recht, Zürich-Basel-Genf, 2003, s. 159, **Akdağ-Güney**, s. 63

³³³ **Bertschinger**, s. 17:

kurtulmak için bir gerekçe olamayacaktır³³⁴. Bu kapsamda yetersiz eğitim, zaman ya da bilgi, kusuru ve sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak değerlendirilemez³³⁵. Aynı şekilde görülecek işin gerektirdiği sorumluluğun fazlalığı ve işin karmaşık mahiyeti de özen ölçütünün seviyesini yükselten bir etkidir³³⁶.

Hiyerarşik olarak üst konumda bulunan bir kişi ya da organın talimatlarına riayet edilmesi tek başına kusuru ortadan kaldıran bir neden olarak değerlendirilemez³³⁷. Organizasyon yapısının bir gereği olarak, hiyerarşik olarak alt konumda bulunan görevlilerin, üstlerin talimatlarına riyeti gerekir. Ancak sözkonusu riayet, kayıtsız şartsız bir itaati değil, banka menfaatleri hakkında bir değerlendirme yapıldıktan sonra işin gereklerinin yapılmasını ifade eder. Böyle bir durumda yönetici, kendisine verilen talimatın banka menfaatleri ile ne ölçüde bağdaştığını değerlendirmeli, konuyla ilgili eksiklik ve olumsuzlukları üstüne gerekçeli olarak bildirmeli ve sözkonusu işlemin yapılmaması için gerekli gayreti sarfetmelidir. Ancak tüm bu gayretlerine rağmen, üstün talimatında ısrar etmesi halinde, alt konumda bulunan görevlinin talimata riyeti, hiyerarşik yapının bir gereğidir ve onun kusurunu ortadan kaldırır. Bu esasın istisnası yönetim kuruluna yöneltilen genel kurul talimatları ve münhasır yetkinin sözkonusu olduğu hallerdir.

Kusur ölçüsü, zaman bakımından işlemin yapıldığı tarih esas alınarak belirlenir. Sorumluluk davası, işlemin yapıldığı tarihten sonra açıldığından, geriye etkili bir değerlendirme yapılmak durumundadır ve bu değerlendirmede kusur, dava tarihine göre değil, işlemin yapıldığı tarihteki yasal düzenleme, hal ve şartlar esas alınmak suretiyle belirlenir.

IV. İŞADAMI KARARI İLKESİ (BUSINESS JUDGMENT RULE)

Banka yöneticileri, üstlenmiş oldukları görevin bir gereği olarak netice sorumluluğu altında değillerdir. Başka deyişle, şirketle olan sözleşmesel

³³⁴ Hasenböhler, s. 159 vd.

³³⁵ Widmer, s. 1141

³³⁶ Bkz. Bürgi/Nordmann-Zimmermann, s. 1007

³³⁷ Widmer, s. 1141

ilişkileri çerçevesinde belirli bir neticeyi gerçekleştirmeyi değil, kendilerine yüklenilen görevi özenle, en iyi şekilde icra etmekle yükümlüdürler.

Yöneticiler tarafından yürütülen görevin, ticari hayata ilişkin olması nedeniyle, belirli ölçüde riskin üstlenilmesi, faaliyetin doğasından kaynaklanmakta ve kaçınılmaz olmaktadır. Yöneticilerden risksiz faaliyette bulunmayı beklemek, bankanın kârdan ya da faaliyetlerinden vazgeçmesini beklemek ile aynı anlamı taşıyacaktı³³⁸. Risk, ticareti karakterize eden bir ögedir. Bu nedenle bankacılık faaliyetlerinde belli şartlara riayet edilerek riskin üstlenilmesi, yöneticilerin özen yükümünü ihlal ettikleri ve dolayısıyla kusurlu oldukları şeklinde yorumlanamaz³³⁹. Ancak ticari faaliyetlerden kaynaklanan riskin üstlenilmesinde, hangi esaslara riayet edilmiş olması halinde yöneticilerin sorumluluktan kurtulabileceği konusunda sınırların belirlenmesi gerekmektedir. Kökeni Anglo-Sakson hukukuna dayanmakla birlikte, Kıta Avrupası hukukunu da etkileyen ve bahsi geçen sınırları belirleyen ilke, işadamı kararı olarak isimlendirilen Business Judgment Rule'dir.

İşadamı kararı (*Business Judgment*) kavramı, kökeni olan Anglo-Sakson hukukunda içtihatlar vasıtasıyla gelişmiştir. Aynı durum Kıta Avrupası hukuk sistemi bakımından da geçerlidir. Bu nedenle kavram hakkında pozitif hukukta yapılan bir tanım bulunmamaktadır. Fakat yöneticilerin almış oldukları ticari kararların, mahkemelerce denetlenmesini sınırladığı kabul edilen ilkenin tarihsel gelişim sürecinde belirginleşmiş iki temel unsur bulunmaktadır: Yöneticilerin kararı, karara etki edecek olan hususlar hakkında gerekli araştırma yapıp, sağlam ve güvenilir bilgiye dayalı olarak alınmışsa ve karar, alındığı tarihteki şartlara göre makul kabul edilebiliyorsa, ticari takdir sınırları içerisinde kalacaktır ve yöneticilerin sorumluluğuna gidilemeyecektir³⁴⁰.

³³⁸ Aynı yönde Bkz. **Merkt**, Hanno/**Göthel**, Stephan R., US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Frankfurt, 2006, Rn. 847

³³⁹ Bu nedenle Amerikan hukukunda kavramın bir kurtarılmış bölge (*reservat*) ya da güvenli liman (*safe harbour*) tesis ettiğinden bahsedilmektedir. Bkz. **Merkt/Göthel**, Rn. 843

³⁴⁰ **Merkt/Göthel**, Rn. 852

A. Terminoloji

“Business Judgment Rule” olarak isimlendirilen ilkenin kelime anlamlarına sadık olarak Türkçe’ye çevirisi “*ticaret yargı kuralı*” şeklindedir. Bir bütün olarak kavramın çevirisi ise “*ticari değerlendirme kuralı*” şeklinde olabilir.

TTK Tasarısı’nın 369. maddesi gerekçesinde Business Judgment Rule’nin karşılığı olarak “*işadamı kararı*” kavramı kullanılmış ve riskin işadamı kararından doğması halinde, üyenin sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. Türk hukuk öğretisinde Tasarı Gerekçesindeki kullanıma uygun olarak, “*işadamı kararı*” terimi yaygınlık kazanmıştır³⁴¹.

Business judgment rule, Alman hukuk çevresinde, *corporate governance* ve *corporate compliance* gibi Almanca’ya tam anlamıyla çevirisi mümkün olmayan kavramlardan farklı olarak, “*unternehmerisches Ermessen*” şeklinde tercüme edilmiş ve İngilizce aslı kadar yaygın bir kullanıma ulaşmıştır. Kavramın Almanca karşılığı Türkçe’ye “*işletmeyle ilgili takdir*” olarak çevrilebilir.

Kavram ile açıklanmak istenilen husus, ticari sahadaki faaliyetlere ilişkin olarak risk değerlendirmesinin olağan sayılmasıdır. Zarar riski içeren ticari işlem ve kararlardan dolayı yöneticilere hukuki sorumluluk yaptırımının ulaşamayacağı güvenli bir alan tesisi gereklidir. Bu bakımdan “*işletmeyi ilgilendiren takdir ilkesi*” kavramın anlamını ortaya koyabilecek kuvvette olsa da, Türk hukuku bakımından ilkenin anlamını bir bütün olarak en iyi şekilde ifade eden terim, “*ticari takdir ilkesi*”dir. Çünkü kavram ticari alanda takdiri gerektiren durumlarda -belirli özellikleri taşımak kaydıyla- alınan kararlardan dolayı hukuki açıdan sorumsuzluğu öngörmektedir. Bu kararlar, ticari işletme konusuyla ilgili olan, takdire olanak veren, bir hukuk kuralı ile yönlendirilmemiş ve yaptırıma bağlanmamış bulunan kararlardır. Tasarı Gerekçesinde “*işadamı*” olarak nitelendirilen kimsenin, Tasarı metnindeki karşılığını tacir oluşturmaktadır. Tüzel kişi tacirde dış irade, kural olarak, yönetim kurulu aracılığıyla oluşur. Bu nedenle, yönetim kurulunun kararını,

³⁴¹ Bkz. **Pulaşlı**, (Özen Yükümü, 2009), s. 55; **Akdağ-Güney** (2008), s. 71

tacir kararı olarak değerlendirmek mümkündür. Tacir kararı ise, kural olarak, ticaridir(TTKT m. 3). Ticari alanda takdiri gerektiren durumlarda –belirli şartlar dahilinde- hukuki açıdan sorumsuzluğu öngören ilkenin, ticari takdir ilkesi olarak isimlendirilmesi, hem etimolojik açıdan hem de Tasarıda yer alan kavram bütünlüğünü korumak bakımından isabetlidir. Ancak Tasarı Gereğesinde ilkenin “işadamı kararı” olarak isimlendirilmesi ve öğretilerde de aynı terimin ittifakla kullanılması³⁴² nedeniyle, kavram kargaşasına mahal vermemek bakımından, tezde de aynı terim kullanılmaktadır.

B. Amerikan Hukuku

1. Gelişimi, Gerekliliği ve İşlevleri

Hukuki bir kurum olarak ilkenin ABD.’de ortaya çıkışı 1829 yılına kadar dayandırılmaktadır³⁴³. Bu tarihte Lousianna Yüksek Mahkemesi’nin *Percy v. Millaudon* davasında verdiği kararın, ilkenin kökenini oluşturduğu kabul edilmektedir. Kararda mahkeme özü itibariyle, yöneticinin tek başına yanlış karar vermesinin, onun sorumluluğunu gerektiren bir neden olarak kabul edilemeyeceğini benimsemiştir. 1847 yılında Alabama Yüksek Mahkemesi *Godbold v. Branch Bank* kararında; 1853 yılında Rhode Island Yüksek Mahkemesi *Hodges v. New England Screw Co.* davasında; 1912 yılında New York Temyiz Mahkemesi *Pollitz v. Wabash R.R. Co* davasında ilkeyi kabul eden ve onu şekillendiren kararlar vermiştir³⁴⁴.

İlkenin temelinde, yönetim kurulu üyelerinin, şirket yönetimine ilişkin takdirlerinin yargısal açıdan himayesi yer almaktadır³⁴⁵. Başka deyişle yönetim kurulu üyelerinin, yönetime ilişkin ticari kararlarının dokunulmazlığı yer almaktadır. Amerikan hukukunda geniş bir uygulaması olan işadamı kararı ilkesi, özen yükümünün mahkeme tatbikatında yer bulmasını büyük ölçüde sınırlamıştır. Çünkü bu ilkenin gerektirdiği şartların varlığı halinde,

³⁴² Örnek olarak bkz. **Pulaşlı**, (Özen Yükümü, 2009), s. 55; **Akdağ-Güney** (2008), s. 71

³⁴³ **Block**, Dennis J./**Barton**, Nancy E./**Radin**, Stephen A.; *The Business Judgment Rule*, Connecticut, 1993, s. 5; **Sieg/Zeidler**, Rn. 1

³⁴⁴ Bkz. **Block/Barton/Radin**, s. 5 vd.

³⁴⁵ **Block/Barton/Radin**, s. 7

mahkemelerce özen yükümünün yerine getirilip getirilmediği hakkında esasa ilişkin bir derlendirme yapılmamaktadır³⁴⁶.

Amerikan hukukunda ilkenin kabul gerekçesi olarak öğretilde *Block/Barton/Radin* tarafından esas itibariyle dört temel argümana dayanılmaktadır. Bu argümanlar, ilkenin işlevlerini ortaya koymak bakımından da değerlendirilebilmektedir. Bu kapsamda:

İlkin yöneticiler iyi niyetli, tarafsız ve gerekli bilgiye sahip olarak ilgili karar ya da kararları almış olsalar dahi, sonradan yapılan değerlendirmelerde, özensiz davrandıkları sonucuna varılabilir. Bu tür yanlışların hoş görülmesi ve ilgili yöneticilerin bu zararlardan dolayı sorumlu tutulmaması halinde, şirket yöneticisi olma hususunda yetenekli kimseler teşvik edilmiş olacaktır³⁴⁷.

İkinci olarak ilke, genellikle risk içeren ticari kararların alınabilmesine olanak sağlamaktadır. Bu surette yöneticiler yargısal değerlendirme hakkında herhangi bir kaygıya kapılmaksızın kararlarını verebilecektir³⁴⁸. Risk ticaretin vazgeçilmez bir unsuru olup, makul olduğu ölçüde himayesi gerekir. Risklerle ticari hayatta çeşitli şekillerde karşılaşmak mümkündür ve önceden türlerinin sayılması, sınırlarının çizilmesi mümkün değildir. Eğer yöneticiler üstlenebilecekleri bu risklere göre şirketle sözleşme yapmış olsalar idi, şirketin yöneticilerin emeklerine karşı ödeyeceği ücret, doğabilecek zarardan çok daha fazlaya malolabilirdi³⁴⁹.

Üçüncü olarak ticari kararlar konusunda yöneticiler, yargıçlardan daha kabiliyetlidirler. İlke sayesinde mahkemelerin, şirketlerin karmaşık karar süreçleri ve kararları bakımından hatalı değerlendirmede bulunmalarının önüne geçilmektedir³⁵⁰. Aksini kabul serbest piyasa ekonomisi yerine,

³⁴⁶ Merkt/Göthel, Rn. 843

³⁴⁷ Block/Barton/Radin, s. 7; Grass, Andrea, Business Judgment Rule, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Zürich, 1998, s. 35

³⁴⁸ Block/Barton/Radin, s. 7,8

³⁴⁹ Merkt/Göthel, Rn. 849

³⁵⁰ Block/Barton/Radin, s. 8; Merkt/Göthel, Rn. 846; Grass, (BJR, 1998), s. 36

yargıçlar ekonomisini doğurur ki, piyasa şartları ve dengesi bakımından kaosa yol açabilir³⁵¹.

Son olarak ilke, pay sahiplerinden ziyade, şirketin yöneticiler tarafından yönetilmesini sağlamaktadır³⁵². Şirketlerde yönetim görevi pay sahiplerine değil, yöneticilere aittir. Pay sahiplerinin –nisbi de olsa- çoğunluğu tarafından seçilen yöneticilerin kararlarına, pay sahiplerinin sürekli olarak müdahalede bulunmak istemesi, yöneticileri ticari faaliyetleri yürütmek bakımından çekimserleştirebilir ve hatta kararların alınmasını engelleyebilir. Bu bakımdan pay sahiplerine şirketi yönetme imkânı sağlayacak bir müdahale imkânı sağlanılmamalı³⁵³, yöneticilere belli ölçüde sorumsuzluk alanı bırakılmalıdır. İlke yöneticiler bakımından böyle bir alan oluşturmaktadır.

2. Uygulanma Esasları ve İsbat Yüküne Etkisi

Amerikan sorumluluk hukukunda yöneticilerin özen yükümünü ihlal kapsamında sorumlu tutulabilmeleri için, öncelikle işadamı kararı ilkesi çerçevesinde işlem ve kararların değerlendirileceği, ancak bu ilk inceleme sonrasında yöneticilerin kusurunun (özen yükümü ihlali) bulunup bulunmadığı hususunda işlemin içerik olarak denetlenebileceği kabul edilmektedir³⁵⁴.

Amerikan hukukunda sorumluluk davasının ilk aşamasında işadamı kararı ilkesi çerçevesinde bir değerlendirme (*Business Judgment Rule-Test*) yapılması sözkonusudur³⁵⁵. Bu safhada yöneticilerin almış olduğu ticari kararın, ilkenin gereklerine uygun olup olmadığı, zaman içerisinde şekillenen ilke gereklilikleri bakımından değerlendirilir³⁵⁶. Yöneticilerin kendilerine düşen yükümlülükleri yerine getirdikleri karine (*rebuttable presumption*) olarak kabul edildiğinden, aksini iddia eden davacının bunu, yani mesela davalının

³⁵¹ Merkt/Göthel, Rn. 850

³⁵² Block/Barton/Radin, s. 10; Grass, (BJR, 1998), s. 37

³⁵³ Merkt/Göthel, Rn. 851

³⁵⁴ Grass, (BJR, 1998), s. 34

³⁵⁵ Grass, (BJR, 1998), s. 34

³⁵⁶ Block/Barton/Radin, s. 3

iyi niyetli olmadığını ya da yetersiz bilgiye dayalı olarak karar aldığını ispatlaması gerekir³⁵⁷.

Yine bu safhada ilkenin kapsamı dışında olan hallerden birinin mevcut olup olmadığı hakkında da inceleme yapılır. Eğer işlem ya da karar, ilkenin koruma altına aldığı kapsamın dışında kalıyorsa, örneğin yasaya aykırılık gibi bir durum bulunuyorsa, artık ilke çerçevesinde değerlendirme yapılmaz³⁵⁸.

İlk safhadaki değerlendirme bakımından koruma dışı hallerin bulunması ya da davacı tarafça ilkenin gerektirdiği şartların mevcut olmadığının ispatı halinde, ikinci safhaya geçilir ve yöneticilerin ticari işlem ve kararları özen ölçüsü (*standart of care test*) kapsamında incelenir³⁵⁹. Bu safhada ispat yükü davalılara aittir ve tamamiyle özenli davrandıklarını ispatla yükümlüdürler³⁶⁰.

İlkenin şahıs itibarıyla uygulama alanına yönetim kurulu üyesi olan yöneticiler (*directors*) ve yönetim kurulu tarafından atanan üst düzey yöneticilerin³⁶¹ (*officers*) girdiği hakim öğreti tarafından kabul edilmektedir³⁶². Hatta öğretilerde hakim ortakların yönetici fonksiyonu icra etmeleri halinde, bu kişiler hakkında da işadami kararı ilkesinin uygulanacağını kabul eden yazarlar bulunmaktadır³⁶³.

3. Değerlendirme Unsurları

Yukarıda değinildiği üzere yöneticilerin özen yükümünü yerine getirip getirmediği ve bunun sonucu olarak kusurlu olup olmadıkları iki aşamalı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. İlk safhadaki denetim, işadami kararı ilkesinin gereklerinin yerine getirilip getirilmediği meselesine ilişkindir. Bu aşamada dikkate alınan unsurlar, ticari bir kararın bulunması, kararın şirket

³⁵⁷ **Grass**, (BJR, 1998), s. 34; **Merk/Göthel**, Rn. 844; **Wendler**, Jan-Sebastian, die Justibilität ökonomischer Unternehmensentscheidungen im US-amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt am Main, 2007, s. 276

³⁵⁸ **Block/Barton/Radin**, s. 3

³⁵⁹ **Grass**, (BJR, 1998), s. 35

³⁶⁰ **Merk/Göthel**, Rn. 844

³⁶¹ Tanım için Bkz. **Merk/Göthel**, Rn. 605

³⁶² Bkz. **Grass**, (BJR, 1998), s. 45; **Block/Barton/Radin**, s. 47

³⁶³ Bkz. Henn/Alexander, **Grass**, s. 45, dn. 161'e atfen

menfaati dışında bir menfaat gözetilmeksizin yeterli bilgiye dayalı olarak ve gerekli özen gösterilerek alınması ve kararın makul bir karar olmasıdır³⁶⁴.

a. Kararın Ticari Bir Karar Olması

İlkenin uygulanabilmesi için, alınan kararın ticari bir karar olması gerekmektedir. Ticari kararın ne olduğu ya da kapsamına hangi unsurları aldığı hususunda Amerikan hukukunda yasal düzenleme bulunmamaktadır³⁶⁵.

Kavramın kapsamının belirlenmesi konusunda Amerikan uygulamasında olumsuz yönden hareket edilerek şirket gayesi içerisinde alınan kararların, icrai nitelikte olması, yani ortada bilinçli olarak alınmış bir kararın (*conscious business decision*) bulunması bir şart olarak aranmaktadır. Bu nedenle ihmali davranışlar ilke kapsamında tutulmamakta ve tüm yönleriyle doğrudan özen yükümü değerlendirmesine tabi tutulmaktadır³⁶⁶. Yönetici kasten ya da ihmal ile bir karar almaktan kaçındığı takdirde, ortada ticari bir karar olmadığından, işadamı kararı ilkesi kapsamında değerlendirme yapılabilmesi mümkün değildir³⁶⁷.

İlkenin uygulanması bakımından şirket amacı kapsamında yer alan tüm kararların, ticari karar olduğu kabul edilmektedir. Kararın içeriğine yönelik bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Yöneticinin yürüttüğü faaliyet kapsamında almış olduğu tüm kararlar, ilke kapsamında denetlenebilir³⁶⁸. Bu kararlar işletme politikasının belirlenmesinde olduğu gibi kapsamlı ya da somut bir sorunun çözümünde olduğu gibi dar kapsamlı olabilir. Yönetim kurulunun yetkilerini ya da belirli bir işi karara bağlanmak üzere alt kurullara ya da yöneticilere devretmesi halinde de ilkenin uygulanacağı kabul edilmektedir³⁶⁹.

³⁶⁴ Grass, (BJR, 1998), s. 34

³⁶⁵ Merkt/Göthel, Rn. 852

³⁶⁶ Block/Barton/Radin, s. 21. Bkz. http://www.fairnessopinion.com/pdf/6_Aronson-Lewis.pdf, Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984), (ET: 11.02.2010)

³⁶⁷ Merkt/Göthel, Rn. 853; Nikitine, Alexander; Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Konzeption und Ausgestaltung der "Business Judgment Rule" im Gefüge der Corporate Governance, Zürich/St. Gallen, 2007, s. 163

³⁶⁸ Grass, (BJR, 1998), s. 49

³⁶⁹ Grass, (BJR, 1998), s. 52, 53

b. Menfaatsiz Takdir (Disinterested Judgment)

İşadamı kararı ilkesi, yöneticinin yapılan işlemde herhangi bir menfaatinin, bir çıkar çatışması halinin bulunmamasını gerektirir³⁷⁰. Bu durum ilkin şirketle işlem yapma yasağı (*self-dealing*) bakımından kendisini gösterir. Yönetici yapılan işlemin tarafı olmaması kaydıyla işadamı kararı alabilir. İşlem ya da kararın çıkar temini amacıyla yapılmaması gerekir³⁷¹. Aksi durumda işadamı kararı ilkesi çerçevesinde sağlanan koruma son bulur. Ancak işadamı kararı ilkesi kapsamında olmasa da, bundan sonraki safhada da işlem yapan yöneticinin korunması mümkündür. İşleme taraf olan yönetim kurulu üyesinin oyu nazara alınmadığında, işlem hakkında gerekli tüm bilgilerin de toplanmış olması kaydıyla, yönetim kurulu ya da genel kurul tarafından işlemin tasdiki halinde sorumluluk sözkonusu olmayacaktır³⁷².

İşlemin tarafı olmamak, menfaatsiz takdirin bir boyutunu oluşturur. İşlem ve kararlar neticesinde yöneticinin herhangi bir şahsi menfaat temin etmemesi gereklidir. Yönetici işlemin tarafı olmamasına rağmen, yapılan işlemde menfaat temin ediyorsa, ilgili işlemde işadamı kararı kullanımı sözkonusu değildir³⁷³. Şahsi menfaatin varlığı konusunda Delaware mahkeme uygulaması, işlemde önemli bir maddi menfaat sağlanması yönündedir³⁷⁴. Ancak menfaatin mutlak surette maddi olması şart olmayıp, yöneticinin şahsi çıkarlarına herhangi bir şekilde hizmet edilmesi yeterlidir ve davacı tarafca somut olarak ispatı gerekir³⁷⁵. Yapılan işlem, objektif olarak değerlendirildiğinde yöneticinin şahsi menfaati bulunduğu kanaatini uyandırdığı hallerde de takdirin menfaatsiz olmadığı kabul edilir³⁷⁶.

³⁷⁰ Grass, (BJR, 1998), s. 53

³⁷¹ Merkt/Göthel, Rn. 855

³⁷² Merkt/Göthel, Rn. 857

³⁷³ Merkt/Göthel, Rn. 855

³⁷⁴ Grass, (BJR, 1998), s. 54

³⁷⁵ Grass, (BJR, 1998), s. 53 vd.

³⁷⁶ Merkt/Göthel, Rn. 855; Krş. Grass, (BJR, 1998), s. 53

Davacı tarafın, yöneticinin taraflı davrandığına ilişkin iddiasını ispatı halinde, ilkeden yararlanma imkânı olmayan yöneticinin, sözkonusu kararın şirket menfaatine olduğunu ispatlaması gerekmektedir³⁷⁷.

c. Bağımsız Takdir (Independent Judgment)

Yöneticilerin işlemlerinden dolayı sorumluluklarının doğmaması için gerekli olan bir diğer unsur, işlem ya da karardaki takdirin bağımsız bir şekilde kullanılmış olmasıdır. Bağımsızlık, münhasıran şirket menfaatlerinin ve tüm pay sahiplerinin menfaatlerinin dikkate alınıp, diğer herhangi bir menfaatin bu menfaate tercih edilmemesini ifade eder³⁷⁸.

Bağımsız takdir bakımından, şirket içerisindeki belli bir grubun ya da hakim ortakların etkisi altında olmama gerekliliği bulunmaktadır. Yönetici kendisini bu göreve getiren çoğunluğun çıkarlarını değil, şirket çıkarlarını temsil etmekle yükümlüdür. Belli bir çoğunluk tarafından seçilmiş olmak, bağımsızlığı etkileyen bir unsur değildir. Önemli olan, şirket menfaatleri yerine, fiilen başkaca bir kişi ya da grubun menfaatlerini tercih etmektir³⁷⁹.

d. Bilgiye Dayalı Takdir (Informed Judgment)

Yöneticilerin işleminin işadami kararı kapsamında alındığının kabulü için, ilgili işlemin tesisi için gerekli olan tüm bilgiler edinildikten sonra konu hakkında karar verilmeli ya da işlem yapılmalıdır³⁸⁰. Bilgiye dayalı takdir bakımından en meşhur karar, Delaware Yüksek Mahkemesince hükme bağlanan *Smith v. van Gorkom* ya da diğer adıyla *Trans Union* davasıdır³⁸¹.

³⁷⁷ **Merkt/Göthel**, Rn. 856

³⁷⁸ **Grass**, (BJR, 1998), s. 54, 55

³⁷⁹ **Grass**, (BJR, 1998),s. 55

³⁸⁰ Federal mahkemenin bilgiye dayalı takdire ilişkin önemli bir kararı olarak Bkz. *Hanson Trust PLC v. M.L. SCM Acquisition Inc.* 781 F.2d 264 (2d cir. 1986) “yönetici kararı bilgiye dayanmak zorundadır” <http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F2/781/781.F2d.264.85-7953.85-7951.693.726.html> (ET: 11.02.2010)

³⁸¹ **Merkt/Göthel**, Rn. 858: Takdirin bilgiye dayalı olması ve kararın müzakere edilme süresi bakımından *Smith v. van Gorkom* kararı (Cit. 488 A.2d 858 [Supreme Court of Delaware, 1985]) oldukça büyük öneme sahiptir. Kararın **Merkt/Göthel**, Rn. 859’dan başlayan özeti, değerlendirmelerle birlikte aynen alınmış olup aşağıdaki gibidir:

Jerome Van Gorkom, *Trans Union* isimli halka açık olan bir şirketin yönetim kurulu başkanı ve CEO’sudur. Bu şirkette azımsanamayacak ölçüde de azlık payı bulunmaktadır. Van Gorkom yaşlılık nedeniyle emekliye ayrılmak istemektedir ve emeklilikten önce sahibi olduğu payları satmak

Öğretinin bir kısmı kararı, mahkemenin İşadamı kararı ilkesine ilişkin eski içtihatlarına uymadığı gerekçesiyle eleştirirken, diğer bir kısım bu kararı ilke bakımından olumlu bir gelişme olarak değerlendirmiştir³⁸². Olayda zaman darlığı baskısı altında olan yönetim kurulunun, şeklen de olsa hisse senedi fiyatları hakkında bir araştırma yapmamış olmasının, İşadamı kararı ilkesinin uygulanmasını engellediği kabul edilmektedir³⁸³.

niyetindedir. Bu yüzden Trans Union'un mali işler şefinden (CFO) hangi fiyattan yabancı finansmanlı satışın gerçekleşebileceğini sorar. CFO meseleyi araştırır ve Trans Union'un nakit akışına göre beher paya alış fiyatı olarak 50\$'ın günlük çekilmeksizin ödenebileceğini, ancak muhtemelen 60\$'ı geçmeyeceğini söyler. Bunun üzerine Van Gorkom, Trans Union'un üst düzey yöneticilerinden hiçbirine danışmaksızın, işletme devralmalarıyla tanınmış olan arkadaşı Pritzker'e Trans Union hisselerini, hisse başına 55\$'dan satmayı teklif eder. Trans Union'un bu sıralarda hisseleri 29-38 dolar civarındadır ve şirket kurulduğundan bu yana hiçbir zaman 39,50 doları geçmemiştir. Pritzker teklifi kabul eder. Van Gorkom başka herhangi bir satış girişiminde bulunmaz ve şirket hisse değerini takdir için bir bilirkişiye de müracaat etmez. Bunları yapmak yerine kısa süre içinde Trans Union'un yönetim kurulunu toplantıya davet eder ve Trans Union paylarını, pay başına 55 dolardan satışının oylanmasını teklif eder. Bu toplantıya Trans Union'un çalıştığı banka temsilcisi davet edilmez. Van Gorkom yönetim kurulu toplantısında üyelere, Pritzker'in 3 gün içinde bir cevap beklediğini ve bu üç günlük sürenin geçmesinden sonra teklifin düşeceğini söyler. Şirket officerlerinin çoğunluğu bu satışa muhalefet ederler, çünkü kanaatlerine göre miktar çok düşüktür. Birleşme sözleşmesinin taslağı yönetim kurulu üyelerine gösterilmemiştir. Aynı şekilde üyelere şirketin değeri hakkında yazılı bilgi de verilmemiştir. Yönetim kurulu yalnızca, Van Gorkom'un CFO'den aldığı 55 doların uygun bir fiyat olduğuna dair sözlü bilgiyi Van Gorkom'dan yine sözlü olarak dinlemekle ve bağımsız bir avukatın bu fiyatla satışı onaylamamaları halinde yönetim kurulu üyelerinin davaya muhatap olabilecekleri bilgisiyse yetinmiştir. Bu bilgiler çerçevesinde yönetim kurulu iki saatlik bir müzakere sonunda satışı onaylamış ve bunun üzerine pay başına 55 dolardan satış gerçekleşmiştir.

Delaware yüksek mahkemesi ikiye üç oyla yönetim kurulu üyelerinin, onayladıkları işlem hakkında uygun şekilde bilgi almayı ihmal ettiklerinden dolayı ağır ihmalle hareket ettiklerini kabul etmiştir. Mahkeme kararında özellikle aşağıdaki noktalara dayanmıştır:

- yönetim kurulu hiçbir zaman işi bu şekilde yönlendiren ve 55 doları zikreden Pritzker değil, Van Gorkom olduğunu fark edememiştir.

- yönetim kurulu işletmenin gerçek değerini (material Wert-instric value) tesbit etmek için hiçbir çaba harcamamıştır.

- görüşme sırasında yönetim kurulunun önünde hiçbir yazılı bilgi olmayıp, münhasıran Van Gorkom'dan neşet eden şifahi bilgilere istinatla karar vermiştir.

- yönetim kurulu toplantıdan önce gündemmi, yani işletmenin satışının müzakere edileceğini ve bu konuda karar verileceğini bilmiyordu.

Bunlardan başka, ortada bir kriz durumu ya da acil bir durum olmamasına rağmen iki saat içerisinde karar vermişti. Bu bağlamda mahkeme yönetim kurulu üyelerini Van Gorkom ve Pritzker'in aranje ettiği gece ve sis oyununun (nacht und nebel aktion-fast shuffle) kurbanları olarak niteledi.

Muhalef kalan iki üye, yönetim kurulu kararının Business Judgment Rule kapsamında korunması gerektiği kanaatindeydiler. Burada özellikle yönetim kurulu üyelerinin işletmenin faaliyetlerine vakıf olan iş adamı ve uzman kişilerden oluşmasında dayandılar.

³⁸² Bkz. **Merkt/Göthel**, Rn. 862

³⁸³ **Merkt/Göthel**, Rn. 853

e. Makul İnanç (Rational Belief)

Yöneticiler tarafından alınan kararların İşadami kararı ilkesi kapsamında değerlendirilebilmesi için, yöneticilerin bu kararın şirket menfaatleri bakımından en iyi çözüm yolu olduğu kanaatiyle hareket etmiş olmalısı gerekir³⁸⁴. Bu kanaatle hareket, öğretide iyiniyetli (*in good faith*) davranış olarak da nitelendirilmektedir³⁸⁵. Değerlendirme, kararın alındığı ya da işlemin yapıldığı tarih (*ex ante*) esas alınmak suretiyle yapılmalıdır. Sonradan ortaya çıkan şartların bu sonucu değiştirmesi, neticeye etkili değildir. Başka deyişle, işlem ya da karar sonrasındaki piyasa gelişmeleri, şirket menfaatleri ile bağdaşmayan sonuçlara yol açmış olsa da, işlem tarihindeki şartlar esas alınmak suretiyle değerlendirme yapılacaktır.

Ancak yöneticilerin bu konudaki inancı subjektif bir değer yargısıyla sınırlı değildir. Kavramın objektif ve subjektif olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. Yöneticilerin bu kanaatinin yanında, objektif olarak değerlendirildiğinde de kararın şirket menfaatleri bakımından en iyi çözüm yolu olduğu kabul edilebilir olmalıdır³⁸⁶. Amerikan uygulamasında objektif unsur bakımından, mevcut şartlar çerçevesinde makul ve kabul edilebilir bir ticari kararın bulunması yeterli kabul edilmektedir³⁸⁷. Yöneticilerin kötüniyetli oldukları durumlarda, kararın şirket menfaatine olması düşünülemez. Karara esas olan amaç, hiçbir bakış açısıyla himaye edilebilir nitelikte değilse, yöneticilerin kötü niyetli olduğu ve makul bir amaç ve inancın bulunmadığı kabul edilir³⁸⁸. Yöneticilerin yeterli bir karşı edim olmaksızın yaptığı işlemler bu hale örnek gösterilebilir³⁸⁹. Bu nedenle yöneticiler, her halükarda yaptıkları işlemin gayesini açıklamak zorundadır³⁹⁰.

³⁸⁴ Merkt/Göthel, Rn. 868

³⁸⁵ Grass, (BJR, 1998), s. 64 vd.

³⁸⁶ Merkt/Göthel, Rn. 868

³⁸⁷ Bkz. Panter v. Marshal Field & Co., 646 F.2d 271 (7th cir. 1981), <http://openjurist.org/646/f2d/271/panter-v-marshall-field-and-co-weiss>, (ET:11.02.2010)

³⁸⁸ Grass, (BJR, 1998), s. 65

³⁸⁹ Grass, (BJR, 1998), s. 65

³⁹⁰ Grass, (BJR, 1998), s. 66

Objektif değerlendirme, karar alma süreci hakkında da inceleme yapılmasını gerektirir. Bu süreçte yöneticilerin karar için alternatifler oluşturup oluşturmadığı, bunların sonuçlarını gözetip gözetmedikleri, kendilerinden beklenen çabayı sarfedip etmedikleri³⁹¹, gerekli hallerde konu hakkında uzman görüşü alıp almadıkları, kararın mantıklı ve sağlam gerekçelere dayalı olup olmadığı gibi hususlar göz önünde bulundurulur³⁹².

f. Takdirin Kötüye Kullanılmaması

İşadamı kararı ilkesine dayalı olarak sorumluluktan kurtulabilmek için, yöneticilerinin takdir yetkilerini kullanırken bunu kötüye kullanmamış olmaları gerekir. Hakim kararı değerlendiren, kendisini yönetici yerine koyarak ilgili durumda nasıl bir sonuca varacağı hususunda değerlendirme yapma yetkisine sahip olmamakla birlikte, yetkinin kötüye kullanıldığının açıkça anlaşıldığı hallerde, ilkeyi uygulamaktan vazgeçebilecektir³⁹³.

Takdir yetkisinin kötüye kullanılmaması şeklinde ifade edilen bu kriterin uygulanması Delaware mahkemeleri tarafından reddedilmektedir. Çünkü ilkenin uygulanması bakımından, diğer şartların yanında, bu hususta değerlendirme yapılması, ilkenin koruma amacını tehlikeye sokabilecek kuvvettedir³⁹⁴.

4. İlkenin Kapsamı Dışında Kalan Haller

İşadamı kararı ilkesi esas itibariyle objektif iyiniyet üzerine kurulduğundan, dürüstlük kuralına aykırılık hallerinde ilkenin uygulanamayacağı kabul edilmektedir³⁹⁵. Amerikan uygulamasında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden haller, zaman içerisinde içtihatlarla şekillenmiştir.

³⁹¹ Karar alma süreci bakımından yöneticilerden beklenen gayretin kapsamını somut olay şartları belirler. Mahkeme uygulamalarında ne tür şartların arandığı hakkında Bkz. **Block/Barton/Radin**, s. 82 vd.

³⁹² **Grass**, (BJR, 1998), s. 60

³⁹³ **Grass**, (BJR, 1998), s. 67

³⁹⁴ **Grass**, (BJR, 1998), s. 68. Bkz. bu sayfada zikredilen *Gimbel v. The Signal Companies*, 316 A.2d 599 (Del. 1974) http://content.lawyerlinks.com/default.htm#http://content.lawyerlinks.com/library/sec/cases/316_A2d599.htm

³⁹⁵ **Grass**, (BJR, 1998), s. 43

İlkenin uygulama kabiliyetini ortadan kaldıran ilk halin, hileli işlemler (*fraud*) olduğu kabul edilmektedir. Yöneticiler hileli ve aldatıcı eylemlerde bulunmak suretiyle takdirlerini kötüye kullanmışlarsa ya da buna yol açmışlarsa, ilkeden kaynaklanan korumadan yararlanamayacaklardır³⁹⁶. Yöneticilerin şirket kaynaklarını uygun karşılıklar almaksızın kötüye kullanımı (*corporate waste*) halinde de ilke uygulanmamaktadır³⁹⁷.

İşadamı kararının yasa sınırları dışında yöneticilere koruma sağlaması düşünülemeyeceğinden, şirketin menfaatine dahi olsa³⁹⁸, yöneticilerin kanunun emredici bir hükmüne aykırı (*illegality*) karar ya da kararlar alması hali de, ilkenin uygulama sınırları dışında kalmaktadır³⁹⁹.

Şirketin amacı dışında kalan işlemler (*ultra vires*) de, işadamı kararı ilkesi kapsamında himaye edilmemektedir⁴⁰⁰. Bu halde işadamı kararının diğer unsurları bulunsa da, netice değişmemektedir ve ilke kapsamında değerlendirme yapılabilmesi için, kararın şirket amacına uygun olarak kaleme alınması gerekmektedir⁴⁰¹.

C. Alman Hukuku

1. ARAG-Garmenbeck Kararı

Alman anonim şirketler hukukunda işadamı kararı ilkesi, 2005 yılında yapılan yasal değişikliklere kadar, pozitif hukukta düzenlenmemiştir. Ancak bu değişiklik öncesinde öğreti ve içtihatlar da ilkenin gerekliliğine ilişkin eğilimler mevcuttur. Bu nedenle Alman hukukunda da işadamı kararı ilkesi, Amerikan hukukunda olduğu gibi öncelikle içtihatlar aracılığıyla

³⁹⁶ Grass, (BJR, 1998), s. 43

³⁹⁷ Grass, (BJR, 1998), s. 44 vd.

³⁹⁸ Miller v. American Telephone & Telegraph CO. davasında, davalı şirketin ortakları, 1968 yılındaki kongre nedeniyle sunulan iletişim hizmetleri karşılığı olarak siyasi bir oluşum olan DNC'deki bazı alacaklardan (yaklaşık 1,5 milyon dolar) vazgeçilmesi nedeniyle yöneticileri dava etmiş, mahkemece bu durum hukuka aykırı seçim bağıışı olarak değerlendirilmiş ve ticari takdir ilkesinin uygulanmasından kaçınılmıştır. 507 F.2d 759 (3d. cir. 1974), http://openjurist.org/507/f2d/759/miller-v-american-telephone-and-telegraph-company#fn9_ref, (ET:11.02.2010)

³⁹⁹ Grass, (BJR, 1998), s. 43 vd.; Merkt/Göthel, Rn. 869

⁴⁰⁰ Grass, (BJR, 1998), s. 44

⁴⁰¹ Merkt/Göthel, Rn. 869

şekillenmiştir⁴⁰². Bu kararların en önemlisi, Alman Federal Mahkemesi tarafından 1997 yılında verilen ARAG/Garmenbeck kararıdır⁴⁰³.

Söz konusu karardan önce de federal mahkeme yöneticilerin ticari takdirlerine mahkemelerin müdahale edemeyeceğine dair kararlar vermiştir⁴⁰⁴. *Herstatt Bank* kararında⁴⁰⁵ federal mahkeme, kusursuz gecikme halleri haricinde, şirketin mali durumunun bozulması durumunda yöneticilerin, şirketin iflasını istemek zorunda olduklarını kabul etmekle birlikte, alacaklılar, şirket ve ortaklar bakımından iflasa nazaran daha hafif sonuçları olan yöntemleri denemelerini AktG. § 93/I,1 uyarınca özen yükümü kapsamında değerlendirmiştir⁴⁰⁶. Bu surette federal mahkeme, yöneticilerin bankanın kurtarılmasına yönelik girişimlerinin sonucunun gerçekçi olup olmadığı konusunda yargısal bir denetimin mümkün olmadığını kabul etmiştir⁴⁰⁷.

Federal mahkeme *Siemens-Nold* kararında⁴⁰⁸ ise, yönetim kurulunun sermaye artırımında rüchan haklarının kısıtlanıp kısıtlanmayacağı konusunda ticari bir takdirinin bulunduğunu kabul etmiştir.

Yukarıda değinildiği üzere Federal Mahkemenin işadamı kararı ilkesi kapsamında vermiş olduğu en önemli karar ARAG/Garmenbeck kararıdır. Bu kararda Federal Mahkeme öğretide tartışmasız bulunan işadamı kararı alma yetkisini kabul etmekle⁴⁰⁹ kalmayıp, ilkenin gereklilikleri ya da unsurları hakkında sınırları çizmiş ve işadamı kararı ilkesi hakkındaki araştırmaların yoğunlaşmasına sebebiyet vermiştir⁴¹⁰. Karara konu olan olayda, federal mahkeme yönetim kuruluna, “*şirket işlerini yürütürken, bulunmaması halinde, ticari faaliyetin mevcudiyetinin düşünülmemeyeceği bir takdir alanı bırakılmasının zorunlulu olduğunu*” kabul etmiştir⁴¹¹. Mahkeme, takdir alanının son derece geniş tutulmasına yönelik bir eğilim içindedir. Bu

⁴⁰² **Wendler**, s. 151

⁴⁰³ BGHZ 135, 244 vd.

⁴⁰⁴ Ticari takdire ilişkin gelişim süreci, öğretide Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin verdiği kararlara kadar dayandırılmaktadır. Bu konuda Bkz. **Wendler**, s. 155

⁴⁰⁵ BGHZ 75, 96

⁴⁰⁶ **Wendler**, s. 151 vd.

⁴⁰⁷ **Wendler**, 152

⁴⁰⁸ BGH ZIP, 1997, 1499

⁴⁰⁹ **Sieg/Zeidler**, Rn. 4

⁴¹⁰ **Wendler**, s. 261

⁴¹¹ BGHZ 135, 244, 253

kapsamda mahkeme, “*bilinçli olarak üstlenilen riskler yanında; sorumluluk bilinciyle hareket eden her işletme yöneticisi tarafından dışlanması gerekenler haricinde, yanlış değerlendirme ve hatalı takdirler(in) de*” ilke kapsamına girip, sorumluluğu gerektirmeyeceğine yönelik içtihadta bulunmuştur⁴¹².

Federal mahkeme ARAG/Garmenbeck kararında işadami kararı ilkesinin varlık ve gerekliliğini bu şekilde kabul ettikten sonra, hangi hallerde ilkenin ihlal edildiğini olumsuz bir biçimde, yani işadami kararı için hangi unsurların bulunması gerektiğini ifade ederek değil, hangilerinin bulunmaması halinde ticari karardan sözedilemeyeceğini açıklamıştır⁴¹³. Mahkemeye göre işadami kararının unsurları sorumluluk bilincine sahip olarak hareket etme, işletme menfaatine yönelme, gerekli bilginin özenli bir şekilde temin edilmesi ve kanuna aykırı hareket etmeme şeklinde formüle edilmektedir. Sonraki içtihatlarında federal mahkeme takdir yetkisinin kapsamının ne ölçüde geniş olduğuna dair kriterleri belirlemeye çalışmış ve bu konuda “ticari açıdan makullük” kriterini benimsemiştir⁴¹⁴. Bu kriter uyarınca hal ve şartlar alınan karardan zarar riskini kaçınılmaz kılıyorsa ve sözkonusu riski üstlenmek için ticari açıdan makul bir ihtiyaç bulunmuyorsa, işadami kararı sözkonusu olmayacaktır. Buradaki hal ve şartlar, mahkemenin değerlendirme yaptığı tarihe göre değil, işlemin yapıldığı tarihe göre (*ex tunc*) belirlenecektir⁴¹⁵. Öğretide kriterin zarar riskini dışlamayıp, makul ölçüleri aşan riski esas almasına dikkat çekilmektedir⁴¹⁶.

⁴¹² BGHZ 135, 244, 253; ayrıca Bkz. **Bilgili**, Fatih; İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısında Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004, s. 116

⁴¹³ Federal mahkemeye göre “...eğer sorumluluk bilinci taşıma, münhasıran işletme menfaatine yönelme, karara temel teşkil eden hususları özenli bir şekilde araştırma... zorunluluğunun sınırları aşılmışsa, ticari risklere keyfi bir şekilde girilmişse veya yönetim kurulunun davranışı başkaca nedenlerle yükümlülüklerle aykırı olarak değerlendirilebiliyorsa...” sorumluluğu gerektirir. BGHZ 135, 244, 253 vd.

⁴¹⁴ **Sieg/Zeidler**, Rn. 3. İlgili kararlar için Bkz. age. Dn. 19

⁴¹⁵ Bkz. **Sieg/Zeidler**, Rn. 3

⁴¹⁶ **Sieg/Zeidler**, Rn. 5

2. Pozitif Hukuk ve İlkenin Uygulama Koşulları

İçtihatlardaki gelişimin ve piyasada şirket iflaslarının bir sonucu olarak Alman kanun koyucusu sorumluluk hukukuna yönelik düzenlemeleri içeren yasal bir düzenlemeye yönelmiş ve özellikle pay sahiplerinin organ üyelerine karşı açacağı sorumluluk davalarında özel imkanlar tanıyan, bunun karşılığında da işadami kararı ilkesi aracılığıyla organ sorumluluğunu sınırlayan kanun olan UMAG⁴¹⁷ yürürlüğe girmiştir⁴¹⁸.

UMAG'ın Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 93/I. maddesine eklediği 2. cümle sayesinde işadami kararı ilkesi Alman hukukunda yasal bir düzenleme olarak yürürlüğe girmiştir. AktG. § 93/I,2 hükmüne göre:

“Yönetim kurulu üyesinin ticari bir karar alırken, yeterli bilgiye dayalı olarak şirket menfaatine uygun hareket ettiği makul olarak kabul edilebiliyorsa, herhangi bir yükümlülük ihlali sözkonusu değildir.”

Bu tanımdan çıkan unsurlar, ticari bir kararın mevcut olması, münhasıran şirket menfaatinin gözetilmesi, özel menfaatler ve yabancı etkisi olmaksızın hareket, iyiniyet, kararın yeterli bilgiye dayalı olarak tesisidir⁴¹⁹.

Yasal tanımda yer alan bu unsurlar, ilkenin Alman hukukuna, Amerikan hukukunda uygulanan orijinine uygun bir iktibas olduğunu göstermektedir. İlkenin kodifikasyonu hukuk güvenliği ilkesi bakımından olumlu karşılanmakla birlikte, yargı uygulaması ve öğretinin yardımıyla unsurları ciddi manada somutlaştırılmadan girilen kanunlaştırma hareketi eleştirilmektedir. Bu kapsamda önemli yargı içtihatlarının, normun somutlaştırılması bakımından nazara alınmaması önemli bir eleştiri sebebi olarak kabul edilmektedir⁴²⁰.

⁴¹⁷ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrecht, 22.9.2005, BGBl. I 2005, 2802

⁴¹⁸ **Sieg/Zeidler**, Rn. 7. Yazarlar bu değişiklikte yönetim kurulu üyelerine karşı açılan sorumluluk davaları bakımından bir sınırlamanın hedeflendiğini, ancak gerçekte mevcut durumun yasalaşmasından başka bir değişikliğin olmadığını dile getirmektedir. Bkz. age Rn. 7,8

⁴¹⁹ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

⁴²⁰ **Wendler**, s. 277 vd.

a. Münferit Uygulama Koşulları

Alman hukukunda yönetim kararının varlığı, ilkenin ilk uygulama koşulu olarak aranmaktadır. Karar alternatifleri bulunan bir hususta kâr ya da zarar riski içeren bir tercih yapılması, yönetim kararının gerekleri kapsamında⁴²¹. Kararlar geleceğe yönelik tahminlere dayalı olarak şekillenmektedir ve hukuk düzeninin öngördüğü değerlendirmeler, ilke kapsamında yer almaz. Bu açıdan yasadan, esas sözleşmeden ya da yöneticiyle şirket arasındaki sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali, takdir yetkisi kapsamında değildir⁴²².

Belirli bir yönde karar alınması gerekli olan hallerde, bilinçli olarak hareketsiz kalmak da karar olarak nitelendirilmektedir⁴²³. Bu bakımdan ilkenin uygulanması, bir davranış ya da ihmalin, bilinçli bir ticari kararın sonucu olmasını gerektirir⁴²⁴.

Şirket menfaatlerine uygun hareket, ilkenin diğer bir unsurudur. Kanun metninde her ne kadar “şirket” menfaatine hareketten bahsedilmişse de, öğretilerde bu kavram, ilkenin uygulanması bakımından dar kapsamlı görülmekte ve kavramın işletme menfaatini kapsayacak genişlikte olduğu kabul edilmektedir⁴²⁵.

Menfaatlere uygun hareket, sadece hukuki işlem şeklinde ortaya çıkan kararları değil, alınmış olan bir kararın icrasına yönelik davranışları da kapsar⁴²⁶. AktG. § 93/I,2 metnindeki ifade, hem organın karar alırken kararının kabul edilebilir olduğundan hareket etmesini vurgulayarak, kararın subjektif açıdan kabul edilebilir olmasını, hem de objektif bakımdan himaye edilebilir olmasını gerektirmektedir. Yine metinde geçen “makul” ölçütü de,

⁴²¹ **Semler**, Johannes, Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht, in Festschrift für Peter Ulmer, Berlin, 2003, (s. 627-642), s. 627 vd.; İşletmedeki tüm kararlar yönetim kararı olmayıp, sadece “işletmenin yönetim işlevinin gerçekleşmesine hizmet eden veya bu işlevin dışında işletmenin orta veya uzun vadeli yönetiminin gelişmesine ya da finansman ve gelir durumuna etkili olan kararlar” bu kapsamdadır. Semler, s. 43, N. 63 (**Pulaşlı**, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Mütessesil Sorumluluğu, BATİDER, Mart 2009, C. XXV, Sa. 1, (s. 27-63), s. 60’dan naklen)

⁴²² DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

⁴²³ **Wendler**, s. 266

⁴²⁴ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

⁴²⁵ **Wendler**, s. 268

⁴²⁶ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

objektif değerlendirmede yararlanılacak bir kriter olarak öngörölmüştür⁴²⁷. Menfaate uygun hareket, Amerikan hukukunda olduğu gibi, sonraki tarihte ortaya çıkan şartlara göre değil, işlemin yapıldığı tarihteki şartlara göre belirlenecektir⁴²⁸.

Özel menfaatlerden uzak ve yabancı bir etkiye tabi olmaksızın hareket unsuru, yöneticinin tarafsız ve bağımsız hareket etmesini ifade eder⁴²⁹. Esasında bu unsuru, şirket menfaatine hareket unsuru içerisinde değerlendirmek mümkündür⁴³⁰. Alman hukukunda özel bir menfaat ya da yabancı etkisi konusunda tartışmalı olan husus, yöneticinin iyiniyetinin, bu unsur bakımından önem taşıyıp taşımadığıdır. Bir görüşe göre özel bir menfaatin varlığı halinde, yöneticinin iyiniyetli olmasının, yani sözkonusu menfaatin mevcudiyetini bilmesinin ya da bilmemesinin, neticeye etkisi yoktur. Özel bir menfaat sözkonusu ise, işadamı kararı ilkesi uygulanamaz. Yasa gerekçesinden hareket eden hakim görüş ise, karara yetkili olanların özel menfaatten haberdar olması gereğini bir şart olarak aramaktadır⁴³¹. Kanun gerekçesi kadar, somut olay şartları hakim görüşe destek vermektedir. Zira bir yakınının yapılan işlemde kar elde ettiğini bilmeyen yöneticinin kararı, bu durumdan etkilenmemiştir ve işadamı kararı ilkesinin uygulanmasına engel yoktur⁴³². Ancak hakim görüşü savunanlar dahi, böyle özel durumlarda, yöneticinin, işlemin yakınıyla ilgisini niçin bilmediğini ispat etmesini aramaktadır⁴³³. Sadece istisnai bazı durumlarda, bilme unsuru bulunsa bile farklı değerlendirme yapılabileceği kabul edilmektedir. Özellikle yöneticinin menfaat çatışmasının sözkonusu olduğunu önceden açıkladığı ve makul bir şekilde şirket menfaatine hareket edildiği somut olaya göre kabul edilebiliyorsa durum böyledir⁴³⁴.

⁴²⁷ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

⁴²⁸ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

⁴²⁹ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

⁴³⁰ **Sieg/Zeidler**, Rn. 9

⁴³¹ **Wendler**, s. 269, 271 vd.; **Sieg/Zeidler**, Rn. 9:

⁴³² **Sieg/Zeidler**, Rn. 9

⁴³³ **Sieg/Zeidler**, Rn. 9

⁴³⁴ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

İlkenin diğere bir unsuru olan “iyiniyet”, kanun metninde açıkça düzenlenmemekle birlikte, kanun gerekçesinde, kararın “kabul edilebilir” olmasının iyiniyete işaret ettiğinden ve yöneticinin şirketin menfaatini iyi niyetli olarak gerçekleştirmeye çalışmasından bahsedilmek suretiyle bu unsura vurgu yapılmıştır⁴³⁵.

Karar ya da davranışın yeterli bilgiye dayalı olarak alındığı makul bir şekilde kabul edilebilir olmalıdır. Ancak bu durum ticari kararların bilgiye dayalı olarak objektifleştirilmek zorunda olduğunu ifade etmez⁴³⁶. Çünkü iş hayatında kararlar çoğu zaman tecrübeye, beklentilere, rakiplerin durumuna, tüketicilerin beklentilerine, hislere ve piyasadaki somut diğere şartlara dayalı olarak alınır⁴³⁷. Ancak tek başına piyasa şartlarının uygun hareket de yeterli değildir. Bu yüzden Alman kanun koyucusunun yöneticilerden beklentisi, yeterli bilgiye dayalı karar hazırlığı süreci ile piyasada genel kabul gören davranış kurallarının birleştirilmesidir.

Özellikle zaman darlığı ya da bilgi temini için gerekli olan masrafların yüksek olması gibi karara etki eden olumsuz faktörlerin bulunması, özensiz karar alınmasını hiçbir zaman makul gösteremez⁴³⁸. Sadece risk içeren bir karar, sorumluluk bilincine sahip bir yönetici tarafından alınamaz⁴³⁹. Yine yöneticinin “*bilgi edinilmesi ve bunun değerlendirilmesini*” bir uzmana bırakmış olması ile yetinilemez⁴⁴⁰.

Bilginin yeterli olması konusunda Amerikan hukukunda olduğu gibi şekli bir kriterle yetinilmemektedir. Başka bir ifadeyle, Alman hukukunda kararın içeriği bakımından denetim yapıldığından, şekli açıdan karar hazırlıkları yapılmış olması, ilkeye riayet bakımından yeterli görülmemektedir⁴⁴¹.

⁴³⁵ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

⁴³⁶ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

⁴³⁷ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

⁴³⁸ **Wendler**, s. 274

⁴³⁹ **Semler**, s. 628

⁴⁴⁰ **Sieg/Zeidler**, Rn. 10

⁴⁴¹ **Sieg/Zeidler**, Rn. 10

b. İlkenin Kapsamı

Şahıs itibariyle ilkenin kapsamına yönetim (*Vorstand*) ve gözetim kurulu (*Aufsichtsrat*) üyeleri girmektedir. Yönetim kurulunun AktG. § 76 uyarınca idare yükümlülüğü çerçevesinde almış olduğu tüm yönetim kararları bakımından, ilkenin uygulama kabiliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁴². Yönetim kurulunun bu kararı şirketin mutad idare işlemleri olabileceği gibi, gözetim yetkisine ilişkin işlem ya da kararlar şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu sonuncusunda, daha önceden alınan bir kararın uygun bulunup bulunmaması sözkonusu olacaktır⁴⁴³. AktG. § 116'nın gözetim kurulu üyelerinin özen yükümü ve hukuki sorumluluğu bakımından AktG. § 93'e atfı nedeniyle, ilkenin gözetim kurulu üyeleri bakımından da uygulanması mümkündür⁴⁴⁴.

İlke sadece organların şirket içi sorumluluğu bakımından değil, bazı hallerde dışa karşı sorumluluk bakımından da etkisini göstermektedir. Bu kapsamda özellikle şirketin iflasını talep etme zamanını belirleme hususunda organların takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁴⁵. Öğretide yeni bir eğilim, şirket birleşmelerinden doğan zararların tazmini bakımından da ilkenin uygulanabileceğini kabul etmektedir⁴⁴⁶.

c. İsbat Yüküne Etkisi

Amerikan hukukunda yöneticilerin işadamı kararı ilkesinin gereklerine uygun olarak hareket ettikleri karine olarak kabul edilmektedir. Yöneticinin yeterli bilgiye dayalı olarak, bağımsız, iyiniyetli ve şirket menfaatlerine uygun hareketi karinesi bulunduğundan, sorumluluk davasında davacıların bunun aksini ispat etmeleri gerekir⁴⁴⁷.

Alman hukukunda ise böyle bir karineye yer verilmemektedir ve yöneticilerin yükümlülüklerine aykırı davranmış oldukları karine olarak kabul

⁴⁴² **Wendler**, s. 261

⁴⁴³ **Semler**, s. 628

⁴⁴⁴ **Semler**, s. 628

⁴⁴⁵ **Wendler**, s. 262

⁴⁴⁶ **Wendler**, s. 262

⁴⁴⁷ **Grass**, (BJR, 1998), s. 34; **Merkt/Göthel**, Rn. 844; **Wendler**, s. 276

edilmektedir⁴⁴⁸. Bu nedenle yöneticilerin ispat yükünü yerine getirebilmesi bakımından, karar için gerekli olan bilgi ve belgelerin karar safhasından itibaren toplanması gerekmekte ve ciddi bir belge toplama yükümlülüğü sözkonusu olmaktadır. Yöneticiler ancak bu ispat vasıtalarına sahip oldukları takdirde, işadamı kararı ilkesine dayanmak imkanına sahip olacaklardır⁴⁴⁹.

İlkenin gereklerine riayet edilmiş olması halinde mahkemelerce, yöneticinin makul ve özenli bir idareciden beklenen özeni göstermelerine ilişkin bir inceleme yapılması mümkün değildir⁴⁵⁰. İlkenin gereklerinin yerine getirilmemiş olması halinde de sorumluluğun bir koşulu olarak kusurun varlığı derhal kabul edilmemekte, yöneticinin yükümlülüklerine aykırı davrandığının ispatı gerekmektedir. Ancak bu halde ispat yükü, davacılara aittir⁴⁵¹.

D. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda işadamı kararı ilkesi hakkında yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Şirket yöneticilerinin sorumluluğuna ilişkin içtihatlarda da ilke ciddi ve sistemli olarak kullanılmamaktadır. Buna karşın öğreti, Amerikan hukuku kaynaklı ilkeye önem affetmekte ve ilkenin İsviçre hukukunda uygulanabilirliği ve şartları tartışılmaktadır⁴⁵².

İsviçre öğretisinde genel olarak ticari kararların yargısal denetiminde sınırlama yapılması eğilimi bulunmakla birlikte⁴⁵³, öğretinin ilkeye yaklaşımı, ilkenin lehine ve aleyhine olmak üzere iki grup içerisinde incelenebilir.

⁴⁴⁸ Wendler, s. 276, 277

⁴⁴⁹ Wendler, s. 276

⁴⁵⁰ Wendler, s. 276

⁴⁵¹ Wendler, s. 277

⁴⁵² Bkz. von der Crone, Hans Caspar/Carbonara, Antonio/Hunziker, Silvia, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Ein funktionaler und systematischer Überblick, Basel, 2006, s. 45 vd.; Pöschel, Ines/Watter, Rolf, Rechtliche Pflichten und Verantwortung der Führungsorgane, ST 2006 (s. 816-820), s.817 vd.; Nikitine, Alexander, özellikle s. 133 vd.; Frick, Joachim, Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, in Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, s. 509-521; Widmer, Peter, Art. 754, Rn. 16; Schmid, Christoph, Haftungsbeschränkungen für Revisoren und Verwaltungsräte? Nicht nur Revisoren, auch Verwaltungsräte sind gefährdet, NZZ. n. 101-29; Hasenböhler, s. 68 vd.

⁴⁵³ Bkz. Frick, s. 520; Schmid bu konuda mahkemelerin, kararların kabul edilebilir olup olmadığını denetlediğini, amaca uygunluk yönünden bir denetim yapmadığını belirtmek suretiyle İsviçre hukukuna ilkenin zaten yabancı olmadığını belirtmektedir. Schmid, NZZ. n. 101-29

1. İlkenin Lehine Görüşler

İşadamı kararı ilkesinin sorumluluk davalarında uygulanması konusunda lehe görüş sahibi olan yazarlar, uygulamanın nasıl gerçekleşeceği konusunda birbirinden farklı yaklaşımlara sahiptir.

Bazı yazarlar, yöneticinin ticari sahada takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmekte⁴⁵⁴ ve bu takdir yetkisi bakımından yöneticiler lehine kararların doğru olduğu, takdirin olumlu kullanıldığı yönünde bir karinenin kabul edilmesi gerektiğini⁴⁵⁵, takdirin sınırlarının açıkça aşılması halinde yöneticilere müdahalede bulunulabileceğini savunmaktadır⁴⁵⁶. Bu yönüyle öğretisi, Amerikan hukukunda kabul edildiği haliyle ilkenin özünü, yani hakimin ticari kararların içeriği bakımından müdahale imkanının bulunmadığını kabul etmektedir⁴⁵⁷. Ancak İsviçre hukukundaki sorumluluk esasları göz önünde bulundurularak, ilkenin Amerikan hukukundaki haliyle iktibasının mümkün olmadığı da vurgulanmaktadır⁴⁵⁸.

Bazı yazarlar ise, Amerikan hukukundaki şekliyle ilkenin uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁴⁵⁹. Bu görüş uyarınca sorumluluk davalarında özen yükümünün⁴⁶⁰ yerine getirilip getirilmediği konusunda iki aşamalı bir değerlendirmenin yapılması sözkonusudur. Karar öncelikle şekli bazı

⁴⁵⁴ **Widmer**, Art. 754, Rn. 16. Yazar, takdir yetkisine riayet edilmemesini kusur değil, yükümlülük ihlali unsuru başlığı altında incelemektedir. İsviçre hukukundaki genel kabul, ilkenin kusurun değil, yükümlülük ihlali unsuru kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.

⁴⁵⁵ *von der Crone* ise bu halde “yönetim kurulunun kararı özenle hazırlaması gerektiğini, tartışmalı durumlarda karar takdirinde özenli hareket edildiğini isbatlamak zorunda olduğunu” kabul etmektedir. Bkz. **von der Crone**, Hans Caspar, Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert, SZW. 1998, (s. 157-169) s. 163

⁴⁵⁶ **Bertschinger**, s. 101, Rn. 188; **Forstmoser**, Peter, Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates Teils bewährte, teils reformbedürftige Schweizer Lösung, ST. 2002, (s. 485-491), s. 490

⁴⁵⁷ **Isler**, Peter, Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates, in Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Hrsg. von Rolf H. Weber, Zürich-Basel-Genf, 2003, s. 2 vd.

⁴⁵⁸ Bkz. **Hasenböhler**, s. 74; **Böckli**, Peter, Schweizer Aktienrecht, Zürich-Basel-Genf, 2004, § 13, Rn. 584

⁴⁵⁹ **Grass**, Andrea, Management-Entscheidungen vor dem Richter Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Geschäftsentscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, SZW. 2000, (s. 1-10), s. 9; **Forstmoser** (2002), s. 490; **Forstmoser**, Peter/**Sprecher**, Thomas/**Töndury**, Gian Andri, Persönliche Haftung nach schweizer Aktienrecht, Personal Liability under Swiss Corporate Law, Zürich, Basel, Genf, 2005, s. 57; **Hasenböhler**, s. 70 vd.

⁴⁶⁰ İsviçre hukukunda ilke sorumluluğun farklı unsurları bünyesinde sınıflandırılrsa da, tezde ilke özen yükümü başlığı altında incelendiğinden, İsviçre hukukundaki eğilimler bu başlık altında değerlendirilmiştir.

gerekliliklerin yerine getirilip getirilmediği yönünde değerlendirilir⁴⁶¹. Özellikle yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında akdolunduğu kabul edilen vekalet sözleşmesinde netice taahhüdü yoktur ve başarısızlık, her durumda sorumluluğu gündeme getirmez. Aslolan kararın oluşum sürecinde gerekli özenin gösterilip gösterilmediğinin tesbitidir ve bu ilkin, kararın oluşum sürecinde şekli bir değerlendirmenin yapılmasını gerekli kılar⁴⁶². Şekli değerlendirmenin temelinde yeterli bilgi unsuru yer almaktadır. Uygun ve yeterli organizasyon yapısı içerisinde benzer koşullar altında özenli bir yönetim kurulu üyesi tarafından bilinmesi gereken hususları bilmeyen yönetim kurulu üyesi, ilkenin korumasından yararlanamaz⁴⁶³. Ancak ilk aşamadaki değerlendirme sadece şekli niteliktedir. Çünkü bu safhada da maddi denetim yapılmaktadır, ancak maddi denetim ortaya çıkan karara değil, onun alınış tarzına yöneliktir⁴⁶⁴. Bu, kararın alınma sürecine ilişkin yükümlülüklerin özenli biçimde yerine getirilmiş olmasını ifade etmektedir⁴⁶⁵. Öte yandan ilkenin yöneticileri sadece şekli bir liste oluşturup, bunu kontrole yöneltmemesi gerektiği, yönetim faaliyetlerinin merkezinde her zaman içeriğin bulunduğu, işadamı kararı ilkesinin zaman içerisinde karar sürecini objektifleştireceği beklentisi bulunmaktadır⁴⁶⁶. Öğretide *Böckli*, Amerikan hukukunda öngörülen şekli denetime ilişkin esasların İsviçre Hukuku bakımından kabul edilebileceğini, ancak bunda İsviçre hukukunun kendine has özelliklerinin nazara alınması gerektiğini vurgulamakta ve kararın içerik olarak kabul edilebilir olma unsuruna vurgu yapmaktadır⁴⁶⁷.

İlkenin Amerikan hukukundaki gibi uygulanması gerektiği görüşünü savunanlardan *Grass*, hakimin ticari kararlara ilişkin olarak öncelikle ilkenin öngördüğü koşulların mevcut olup olmadığını araştırması gerektiğini, hakimin ilkenin unsurları bakımından belli soruları cevaplandırması gerektiğini, bu kapsamda;

⁴⁶¹ Bu gereklilikler, Amerikan hukukunda varlığı aranan unsurlardır.

⁴⁶² *Hasenböhler*, s. 71

⁴⁶³ *Isler*, s. 3

⁴⁶⁴ *von der Crone*, (Haftungsbeschränkung, 2006), s. 47

⁴⁶⁵ *Forstmoser/Sprecher/Töndury*, s. 57

⁴⁶⁶ *Forstmoser/Sprecher/Töndury*, s. 58

⁴⁶⁷ *Böckli*, (Aktienrecht, 2004), § 13, Rn. 584

- *şirketin, pay sahiplerinin ya da alacaklıların zarara uğrayıp uğramadığı,*
- *yönetim kurulunun bilinçli ve şekli bakımından doğru bir kararının davalıya isnat edilip edilemeyeceği,*
- *kararın şirket amacıyla bağdaşır bağdaşmadığı,*
- *davalının karar esnasında bağımsız ve tarafsız olup olmadığı,*
- *kararın emredici ve somut yasal düzenlemelere uygun olup olmadığı,*
- *kararın en geniş anlamda makul ve mantıklı olup olmadığı,*
- *davalının karar alırken iyiniyetli davranıp davranmadığı*⁴⁶⁸

sorularının cevaplanması gerektiğini, tüm bu sorulara olumlu cevap verilmesi halinde OR Art. 754/I kapsamında bir yükümlülük ihalinin olmadığını ve sorumluluğun doğmayacağını, ancak bu sorulardan, ilkenin unsurlarını teşkil eden bir ya da daha fazlasının olumsuz cevaplanması halinde maddi denetime geçilebileceğini ve kararın doğruluğunun ve yerindeliliğinin, davranışın somut şartlara göre kusurlu olup olmadığını denetlenebileceğini belirtmektedir⁴⁶⁹.

2. İlkenin Aleyhine Görüşler

İsviçre hukukunda ilkeye en keskin eleştiriler *Kunz* tarafından yöneltilmektedir⁴⁷⁰. *Kunz* öğretinin, Amerikan hukukunun ciddi biçimde etkisi altında olduğunu, hukukun diğer alanları yanında şirketler hukukunun da bundan payına düşeni aldığını, bu kapsamda işadami kararı ilkesinin öğretilde yaygın kabul gördüğünü, ancak sözkonusu ilkenin İsviçre hukukunda uygulanamayacağını savunmaktadır⁴⁷¹.

İlkenin aleyhine görüş beyan edenler, gerçi İsviçre hukukunda da tıpkı Amerikan hukukunda olduğu gibi, hakimin işadami kararını değerlendirme

⁴⁶⁸ Sorular Grass (2000), s. 10'da yer alan tablodan aynen alınmıştır.

⁴⁶⁹ Grass (2000), s. 5 vd.

⁴⁷⁰ Bkz. **Kunz**, Peter V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern, 2001; **Kunz**, Peter V., Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten-zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie zur "Business Judgment Rule", in Festschrift für Jean Nicholas Druey, Zürich, 2002, s. 445-462; **Kunz**, Peter V., Zwischenhalt beim Schutz der Aktionäre Oder: Wohin soll die Reise gehen?, ST., 2002, s. 402-406

⁴⁷¹ **Kunz**, (Aktionärsstreitigkeiten, 2002), s. 454

konusunda çekimser kalması gerektiğini kabul etmektedir. Ancak ilkenin Amerikan hukukundan olduğu gibi alınarak sorumluluk davalarının temeline oturtulması eleştirilmektedir⁴⁷². Sözkonusu eleştirinin çeşitli gerekçeleri bulunmaktadır. Bu konuda eleştiriler, öncelikle pozitif hukuka dayalı olarak yöneltilmektedir. İlkenin, İsviçre hukukunda yasal bir dayanağı bulunmamasına ve OR Art. 754'de öngörülen sorumluluk esaslarıyla bağdaşmamasına rağmen, öğretide bu denli geniş eğilim olması eleştirilen ilk husustur⁴⁷³. İlke, Amerikan hukukunda, sadece ispat yükünün yer değiştirmesini sağlamamakta, aynı zamanda pay sahiplerinin dava hakkının temelini oluşturmaktadır. İsviçre hukukunda ise yükümlülük ihlallerinin bu şekilde sınırlandırılması sözkonusu değildir⁴⁷⁴. Yine pozitif hukuka dayalı olarak, menfaatler dengesi bakımından, şirket menfaatlerinin önceliğinin hukuk düzenince kabul edilmemesine rağmen, ilkede bu menfaate öncelik tanınması bir eleştiri gerekçesi olarak kullanılmaktadır⁴⁷⁵. Pozitif bir dayanak olmaksızın, içtihatlar aracılığıyla hakimlerin kararları değerlendirmede ciddi şekilde çekimser kalması, "*polis devleti yasalaştırma hareketi çağrılarına*" yol açacaktır⁴⁷⁶. Öte yandan ilke, sorumluluk davaları bakımından önemli bir temel teşkil eden ihmali davranışlar bakımından bir çözüm sağlamamaktadır⁴⁷⁷. Bu gerekçelerden başka, İsviçre Şirketler Hukuku'nun azınlıkları korumaya yönelik hükümleri, eleştirilerin en esaslı noktasını oluşturmaktadır. Çünkü işadamı kararı ilkesine uygulamada yer verilmesi halinde, yönetim kurulunun idare işlevini (*Wächterfunktion*) yerine getirmemesinden kaynaklanan zararların tazmini engellenecektir. Oysa şirketler hukuku, hakimin kararlar bakımından yüzeysel bir incelemede bulunmasını ya da çekimser kalmasını değil, menfaatler dengesinin

⁴⁷² **Kunz**, (Zwischenhalt, 2002), s. 405 vd.; **Bartschi**, s. 404 vd.; İsviçre uygulamasında ilkenin sadece sorumluluk davalarında değil, genel kurul kararlarının iptaline yönelik davalarda da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Kunz**, (Zwischenhalt, 2002), s. 406

⁴⁷³ **Kunz**, (Aktionärsstreitigkeiten, 2002), s. 461; **Bartschi**, s. 403; **Nikitine**, s. 141

⁴⁷⁴ **Bartschi**, s. 405

⁴⁷⁵ **Kunz**, (Aktionärsstreitigkeiten, 2002), s. 461; Konuyu ticari takdir ilkesi kapsamında incelememekle birlikte, şirketler hukukunda yasa koyucunun menfaatler dengesinde tercihini şirket menfaatleri yönünde kullandığı yönünde isabetli değerlendirme bakımından Bkz. **Iseli**, s. 12 vd.

⁴⁷⁶ **Kunz**, (Aktionärsstreitigkeiten, 2002), s. 461

⁴⁷⁷ **Bartschi**, s. 406

gözetilmesini ve azınlıkta olanların çoğunluk karşısında haklarının ihlal edilmesini engellemeyi hedefler⁴⁷⁸. Sadece şekli incelemeyle yükümlülük ihlalinin tesbit edilmesi, yöneticilerin sorumluluğunu azaltmak yerine, yeni ve basit bir sorumluluk riski doğurmaktadır⁴⁷⁹.

E. Türk Hukuku

İşadamı kararı ilkesi, Türk hukukunda pozitif olarak düzenlenmiş değildir. Tasarıda ise yöneticilerin özen yükümünü düzenleyen 369. madde gerekçesinde ilkeye değinilmekte ve konu hakkında “*tedbirli bir yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak “işadamı kararı” (business judgment rule) verebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten sözedilemez*” ifadesine yer verilmektedir.

Tasarının 369. maddesi yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü şahısların özen ve bağlılık yükümlerini düzenlemektedir. Anılan şahısların özen yükümü bakımından ölçüt olarak tasarıda “tedbirli bir yönetici” kriterine yer verilmektedir (m. 369/1). Öğretide tedbirli yönetici kriterinin, Türk hukukuna yeni giren “işadamı kararı” ile açıklanmaya çalışılması eleştirilere sebebiyet vermiştir. Bu kapsamda yeni bir özen ölçüsü ortaya koyan maddenin, henüz içeriği belirli olmayan ve uygulamada yer almayan başka bir kavramla açıklanmaya çalışıldığı gerekçesiyle tasarı düzenlemesi eleştirilmektedir⁴⁸⁰. Ancak işadamı kararı ilkesi, tek başına tedbirli yöneticiyi açıklamaktan uzaktır. Tasarı Gerekçesinde de ilkenin, ortaya konulan tedbirli yönetici ölçütünün bir boyutunu oluşturduğuna vurgu yapılmaktadır⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ Kunz, (Aktionärsstreitigkeiten, 2002), s. 461 vd.; Krş. Nikitine, s. 141

⁴⁷⁹ Bartschi, s. 406

⁴⁸⁰ Akdağ-Güney (2008), s. 71

⁴⁸¹ TTKT m. 369 gerekçesi, s. 170

Tasarı Gerekçesinde özen ölçüsü bakımından kabul edilen tedbirli yönetici kriteri, çeşitli yönlerden açıklanmaya çalışılmaktadır. Tedbirli yönetici kriteri, Tasarı Gerekçesi'ne göre yürürlükteki Ticaret Kanunu'nun 320. maddesinde yer alan ve atıflarla ulaşılan isabetsiz nesnel ve öznel özen kriterlerinin yerine geçmekte, Yargıtay uygulaması ile beklentileri aşan davranışları zorlayan, basiretli işadamı olma gereklerini dışlamaktadır. Öte yandan Tasarı Gerekçesi'ne göre şirket menfaatine olanı mutlak surette yapmak, zararına olandan mutlak biçimde kaçınmak, özen borcunun ölçüsü değildir. Tedbirli yönetici kavramı, hem kusurun ölçüsünü hem de yapılması gereken nesnel davranışı belirlemektedir. Nesnel davranışı benzer işletmelerdeki yönetim kurulu üyelerinin göstermesi gereken özen tayin edecek, şahsi işlerdeki özen dikkate alınmayacaktır. Tedbirli yönetici ölçüsü işadamı kararı verilebilmesini kabul etmektedir⁴⁸².

Öğretide, Tasarı Gerekçesinde yer alan, işin gerektirdiği özenden, o işe ilişkin uzmanlık bilgisinin araştırılmayacağına yönelik yaklaşım ile işlerin yürütülmesinde şirket yarar ve zararına ilişkin değerlendirmeler, kaynak İsviçre hukuku ve Alman hukukundaki uygulama ve bilimsel görüşler çerçevesinde ciddi eleştirilere tabi tutulmaktadır⁴⁸³. Bu kapsamda Gerekçede yer alan ve özenin nesnel olarak belirleneceğine, konu hakkında uzman bilgisinin aranmayacağına ilişkin açıklamalar, öğretilerde haklı olarak eleştirilmekte, yöneticinin işin kabulü esnasında o iş için gerekli olan özelliklere sahip olmadığını bildiği hallerde işi kabul etmesinin, özensiz bir davranış olduğu vurgulanmaktadır⁴⁸⁴.

TTK tasarısının 369. maddesi gerekçesinde, tasarının 553/III. maddesinde işadamı kararının, somutlaştırıldığı ifade edilmektedir. Atıf yapılan madde gözetim yükümüne ilişkin bir sorumsuzluk halini düzenlemektedir. Anılan madde özü itibarıyla "*kontrol dışında kalan hukuka aykırılıklar*" varsayımı oluşturmakta ve belli hususların, yönetimin kontrolü dışında kalabileceği esasına dayanmaktadır. Ancak gözetim yükümünün

⁴⁸² TTKT m. 369 gerekçesi, s. 170

⁴⁸³ Eleştiriler için bkz. **Pulaşlı**, (Özen Yükümü, 2009), s. 52 vd.

⁴⁸⁴ **Pulaşlı**, (Özen Yükümü, 2009), s. 52 vd.

ihlaline dayalı sorumsuzluğu düzenleyen bu maddenin, 369. maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi, “işadamı kararı” kapsamında değerlendirilmesi ya da bu ilkeyi somutlaştırdığının kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü anılan madde kimsenin, kontrol dışında kalan hukuka aykırılıklar sebebiyle sorumlu tutulamayacağını hükme bağlamaktadır. Hukuka aykırı işlem ve davranışların işadamı kararı ilkesi kapsamında korunması ne ilkeye kaynak teşkil eden Anglo-Sakson hukukunda ne de Kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilmektedir. Bu nedenle “kontrol dışında kalan hukuka aykırılık”ların, esasları yasada öngörülme-yen işadamı kararı ilkesi bünyesine dahil edilerek hukukumuzda ithali, ilkeye ilişkin esaslar çerçevesinde kabul edilebilir nitelikte değildir⁴⁸⁵.

Ülkemizde işadamı kararı ilkesinin unsurları bakımından yargısal içtihatların ilkenin gerekliliklerini sistematize edecek unsurları ortaya koymadığı, ancak kararlarda yeterli bilginin toplanılması, şirket menfaatinin gözetilmesi ve genellikle dürüstlük kuralı çerçevesinde ticari kararların himayesi eğiliminin mevcut olduğu tesbit edilmektedir⁴⁸⁶. Öğretinin meseleye yaklaşımı değerlendirildiğinde ise, genellikle yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu bağlamında açıklamaların yapıldığı ve yönetim kurulu üyelerinin ticari alana ilişkin işlemleri bakımından takdir alanlarının varlığının kabul edildiği, bu takdirin kullanılmasından ötürü sorumluluğun gündeme gele-meyeceği vurgulanmaktadır. Bu haliyle işadamı kararının sorumsuzluk alanında kaldığı, Türk hukuku bakımından öteden beri kabul edilmektedir⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ Tasarının 553. maddesi hakkında farklı eleştiriler için bkz. **Akdağ-Güney** (2008), s. 72 vd.

⁴⁸⁶ Bkz. TD. 1957/3568 E., 1958/237 K., 28.01.1958 T. (**Atan**, s. 22’den naklen); 11 HD. 1986/2998 E., 1986/3161 K., 23.05.1986 T.; Bkz. **Okutan-Nilsson**, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009, s. 269

⁴⁸⁷ Öğretide kar zarar ikilemini ortadan kaldıracak bir sorumluluk sisteminin kabul edilemeyeceği (**Helvacı**, s. 2); Her türlü hatanın kusur olarak değerlendirilemeyeceği (**Atan**, s. 3, 22); Aslolanın kararın isabetli ya da isabetsiz olması değil, somut şartlar çerçevesinde akla yatkınlığı olduğu (**Mimaroglu**, s. 31); Hakimin kararın yerindeliliğini denetleyemeyeceği (**Çamoğlu** (Sorumluluk, 2007), s. 73; **Kırca**, İsmail, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu, BATİDER., C. XXII, Sa. 3, (s. 85-96), s. 88) haklı olarak vurgulanmakta ve fakat karar alma sürecinde gösterilmesi gereken özenin incelenmesi gerektiğine işaret edilmektedir (**Kırca**, (Özen Borcu, 2004), s. 88 vd.). Buna karşın özellikle banka yöneticilerinin hukuki sorumluluğu bakımından hatalı karar ve hatalı değerlendirmelerin sorumluluğu gerektirdiği de hukukumuzda savunulmaktadır. Bkz. **Kaplan**, İbrahim; Bankaların Gözetimi, Denetimi ve Hukuki Sorumluluk, BATİDER. C. XXIII, Sa. 3, (s. 5-29), s. 23.

Öğretideki yeni eğilim, işadamı kararı ilkesinin unsurları bakımından Amerikan ve Kıta Avrupası hukuklarında kabul edilen esasların, Türk hukukunda da uygulanması yönündedir⁴⁸⁸. İşadamı kararı ilkesi çerçevesinde kararların yeterli bilgiye dayalı olarak alınması, kararda şirket menfaatinin gözetilmesi, karar alanların bağımsız ve tarafsız olması, kararın hukuka uygun olması ve hukuki açıdan savunulabilir olması koşulları Türk hukuku bakımından da kabul edilmektedir⁴⁸⁹. Belirtilen koşulların bir arada bulunması halinde, artık kararın yargısal müdahaleden uzak tutulması gerekmektedir. Yapılan işlemde dolayı bir malvarlıksal kayıp bulunsa da, bu hukuki açıdan sorumluluk gerektiren bir zararı değil, ticari açıdan katlanılması gereken bir riski ifade edecektir.

F. Değerlendirme

1. Genel Olarak

İşadamı kararı ilkesi, şirketin ticari sahadaki faaliyetlerine ilişkin alınan kararların sorumluluk hukuku bakımından sınırlarını belirleyen, yükümlülükleri somutlaştıran ve ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğuran bir hukuk kurumudur⁴⁹⁰. İlkenin uygulanması bakımından ortaya çıkan temel sorun, takdirin mevcut olması değil, bu takdirin ne ölçüde sınırlanabileceğidir. İlkeye dayanılın ya da dayanılmasın, ticari takdire belirli ölçüde serbesti tanınması gereği hususunda öğretide hemen hemen ittifak halindedir. Pozitif hukukta dayanağı bulunmasa da, Türk hukuku bakımından yöneticilerin sorumluluğunda ilkeden yararlanılması mümkün ve gereklidir.

⁴⁸⁸ Bkz. **Kırca**, (Özen Borcu, 2004), s. 92 vd.; **Pulaşlı**, (Özen Yükümü, 2009), s. 58 vd.; **Akdağ-Güney** (2008), s. 72

⁴⁸⁹ Bkz. **Kırca**, (Özen Borcu, 2004), s. 93 vd.; **Akdağ-Güney** (2008), s. 72; Öğretide ilkenin uygulanma koşulları *Pulaşlı* tarafından daha spesifik unsurlar kapsamında incelenmektedir. Yazar bir yönetim kararının varlığı, şirket işlerinin özenli şekilde takip edilmiş olması, yönetim kurulu üyelerinin toplantıya aktif şekilde katılımı ve kararların şekli kurallara uygun şekilde alınması, üyelerin bağımsız, tarafsız ve iyiniyetli olması, kararda şirket amaç ve konusu çerçevesinde hareket edilmesi, her aşamada özenli davranılması koşullarının bulunması gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Bkz. **Pulaşlı**, (Özen Yükümü, 2009), s. 59 vd.

⁴⁹⁰ **Nikitine**, s. 133

Yöneticilerin ticari sahada takdir yetkilerini kullanmasını gerektiren, zarar-getiri potansiyeli bulunan işlem ve kararlar bakımından, takdirin belli esaslar dahilinde kullanmış olması ve sonradan ihtimal dahilinde bulunan zararlı sonucun gerçekleşmesi, yöneticilerin sorumlu tutulmasını gerekli kılamaz. Aksini kabul, ticari hayatın durmasını sonuçlar ki, kanun koyucunun böyle bir sonucu hedeflemesi ihtimal dışıdır.

Kanaatimizce ilke, sorumluluk hukuku ve özellikle sorumluluğun kusur unsuru bakımından sistemli bir yeniliği ifade etse de, yöneticileri sorumluluktan kurtaracak yeni bir kurum olarak değerlendirilemez. Çünkü ilke, yöneticiler bakımından bir sorumsuzluk alanı tesis etmekle birlikte, bu sorumsuzluğun şekli bir inceleme neticesinde meydana geldiğine ilişkin değerlendirmeye⁴⁹¹ hukukumuz bakımından katılma imkânı yoktur⁴⁹². İşadamı kararı ilkesi, yöneticilerin ticari faaliyetlere ilişkin risk içeren kararlarının bulunabileceğini ve bu tür kararlardan kaynaklanan zararların, sorumluluğu gerektiren bir zarar olmadığını kabul etmekle birlikte, Türk hukuku, yöneticilerin bu kararı alırken gerekli özeni gösterip göstermediği hususunda inceleme ve değerlendirme yapılmasını amirdir⁴⁹³. Bu incelemenin şekli bir inceleme olduğu, işin esasına yönelik bir değerlendirmenin yapılmadığını söylemek ise kabul edilebilir nitelikte değildir. Özen yükümü, işadamı kararı kapsamında olan ya da olmayan tüm kararlar bakımından sözkonusudur. Bu nedenle Türk hukuku bakımından ilk etapta belirli hususların araştırılması, bu sorulara olumsuz cevap verildiği takdirde ikinci aşamaya geçilmesi gibi bir değerlendirme süreci sözkonusu değildir⁴⁹⁴. Yöneticiler ticari kararları bakımından serbest hareket etmeli, takdirlerini sınırlayacak hukuki müdahalelerden kaçınılmalıdır. Ancak takdire dayalı kararın, keyfiliğe ulaşmaması gerekmektedir. İşadamı kararı ilkesi, takdir

⁴⁹¹ Bkz. **Merkt/Göthel**, Rn. 843; **Grass**, (BJR, 1998), s. 34 vd.

⁴⁹² Aynı yönde **Böckli**, (Aktienrecht, 2004), s. 1623, § 13, Rn. 585

⁴⁹³ **Kırca**, (Özen Borcu, 2004), s. 88

⁴⁹⁴ İsbat hukuku bakımından sorumluluk davasında yöneticinin, mevcut işlemin ticari takdir kapsamında olan bir işlem olduğunu isbatlaması gerekir. Kararın ya da işlemin ticari takdir sahasında bulunduğu ilişkin karinenin, Türk hukuku bakımından uygulama kabiliyeti yoktur. Tasarı bakımından aynı yönde Bkz. **Pınar**, Hamdi, Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Doğan Hukuki Sorumluluğu, BATİDER., C. XXV, Sa. 4, (s. 369-405), s. 397

kapsamında olan bir kararın keyfiliğe mi dayandığı yoksa karar sürecinin gerekli özen gösterilerek mi geçirildiği hususunda sorgulama yapmak suretiyle, yöneticilerin özenli davranıp davranmadığı yönünde tesbite olanak sağlamaktadır. Başka deyişle ilke, ticari takdirin kullanıldığı hallerde, özen yükümüne riayet edilip edilmediğini tesbitin bir aracı olarak kullanıma elverişlidir. Bu bakımdan ilke vasıtasıyla somutlaştırılan unsurların, ticari takdirin mevcut olduğu hallerde özen yükümünün bir parçası olarak değerlendirilmesi gerekir.

2. Banka İşletmesi Bakımından

İşadamı kararı ilkesine esas olan kararlar, banka işletmesinde de her türlü kararı değil, ticari kararları kapsamaktadır. Takdir yetkisinin kullanımına müsait ve birden fazla karar alternatifinin bulunduğu bir durumda, ticari risk içeren bir kararın alınması gerekir⁴⁹⁵. Bu bakımdan işletme konusunun gerçekleştirilmesine yönelik tüm kararların, ticari karar olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁴⁹⁶. Bunlar genellikle üçüncü şahıslarla ilişki kurulmasını gerektiren kararlar olmakla birlikte, hangi kararların bu tanımda yer alan unsurları taşıdığı, somut olay koşullarına göre belirlenecektir. Yeni yatırım araçlarına yönelinmesi, belli bir yerde şube açılması, hizmet alımında kira ya da satın alma yöntemlerinden birinin tercih edilmesi, elektronik sistemlerini yenilemesi, kredi verilmesi gibi haller ticari takdirin kullanımını gerekli kılar. Ticari takdirin kullanıldığı hallerde, ilkenin gereklilikleri banka hukuku bakımından da aynen uygulama alanı bulur.

Banka hukuku ve işletmesi bakımından ticari takdirin en fazla önem taşıdığı işlem kredi işlemleridir. Kredi açmak yürürlükteki mevzuat uyarınca yönetim kuruluna ait bir görevdir (Bank.K m. 51/I). Şüphesiz yönetim kurulunun bu yetkiyi tek başına kullanması, çoğu banka açısından fiili olarak imkansızdır. Bu nedenle yasada öngörülen esaslara riayet edilmesi kaydıyla kredilerin açılmasında uyulacak esas ve usule ilişkin şartları belirlemek, yönetim kuruluna ait bir yükümlülüktür. Banka içi talimatnameler vasıtasıyla

⁴⁹⁵ Nikitine, s. 166

⁴⁹⁶ Nikitine, s. 167

kredilerin açılmasında hangi bilgi ve belgelerin istenileceği, kredi teminatı olarak nelerin kabul edilebileceği, hangi şartlar altında, kimlere ne miktar kredi verilebileceği gibi hususların belirlenmesi ve kredi sürecinin objektif esaslara bağlanması gereklidir. Ancak piyasa şartlarının gereği olarak kredi tahsisinde subjektif esasların rol oynaması ve mevcut şartlar çerçevesinde belli ölçüde takdir yetkisinin kullanılması da kaçınılmaz bir durumdur. Alman hukukunda işadımı kararı ilkesinin bankalar tarafından tesis edilen krediler bakımından da uygulama kabiliyeti bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁷. Ancak özellikle teminatlar bakımından ciddi tereddütler doğmaktadır.

Türk öğretisinde *Tekinalp*, bankaların kredi vermesini ya da teminatsız kredi vermesini yasaklayan bir düzenlemenin olmadığı gerekçesine dayalı olarak, teminat alınmaksızın kredi verilmesi halinde bundan yöneticilerin sorumlu tutulamayacağı görüşünü ileri sürmektedir⁴⁹⁸. Alman Federal Mahkemesi bankacılık uygulamasında teamül olarak alınması gerekli olan teminatların alınmamasını, (kooperatif bankası) yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu bakımından yeterli görmüştür⁴⁹⁹. Alman öğretisinde ise, Alman bankalarının farklı organizasyon yapısına uygun kuruluşuna izin verildiğinden, Federal Mahkeme'nin bu kararının sadece karara konu banka türü için geçerli olduğu, diğer bankalara bu esasın uygulanamayacağı kabul edilmektedir⁵⁰⁰. Öte yandan bankaların hangi koşullar altında kredi tesis edebileceğini müşteri ilişkileri ve piyasa koşullarının belirleyeceği, soyut biçimde teminatların, alışılmış teminatlar olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı vurgulanmaktadır⁵⁰¹. Federal mahkeme teminatların karşılamadığı kredilere (*blankokredit*) ilişkin olarak, sadece riskin fazla olmadığına ilişkin bir görünümü yeterli bulmamakta ve bu tarz krediler üzerinde ciddi şekilde yoğunlaşılmasını aramaktadır⁵⁰².

⁴⁹⁷ Bkz. **Lehleiter**, Gunther/**Hoppe**, Christian, Die Haftung des Bankverantwortlichen bei der Kreditvergabe, BKR., 2007, H. 5, (s. 178-185), s. 180; **Sieg/Zeidler**, Rn. 36

⁴⁹⁸ **Tekinalp**, (Fondaki Banka, 2003), s. 77

⁴⁹⁹ BGH. II ZR. 54/03, 21.03.2005

⁵⁰⁰ **Sieg/Zeidler**, Rn. 33

⁵⁰¹ **Kiethe**, Kurt, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR, 2005, H. 5, (s. 177-186), s. 179

⁵⁰² **Lehleiter/Hoppe**, s. 180

Kanaatimizce bankacılık mevzuatı kredi işlemleri bakımından teminat alınmasını kati bir şekilde emretmese de, bankacılık faaliyeti bakımından teminatsız kredi son derece istisnai bir uygulama olmak zorundadır. Makul hiçbir neden mevcut olmaksızın ve kredi talep eden hakkında yeterli araştırma yapılmaksızın tesis edilen teminatsız krediler, sebepsiz risk üstlenimi olduğundan, bu tarz kredilerde risk üstlenen yöneticilerin ticari takdir sınırları dışında hareket ettiğinde tereddüt edilmemelidir. Nitekim banka yöneticisi tarafından şahsen tanınıyor olmak ya da başkaca bir sebeple ilişkili bulunmak, anonim şirketler hukukunda ve banka hukukunda son yıllarda hızla güçlenen kurumsal yönetim anlayışı ve kurumsallaşma eğilimi ile bağdaşmaz. Buna karşın kredi talep edenin bankada önemli miktarda mevduatının bulunması, talep edilen kredinin malvarlığı durumuna göre önemsiz miktarda olması gibi sebepler, kredi tesisi bakımından güven temin edebilir. Bu tarz krediler için, şahsi veya aynı ek bir teminat alınmamış olsa da, kredi talep edenin malvarlığı durumunun krediyi karşılayabilecek kuvvette olması geniş anlamda yeterli teminat olarak değerlendirilebilir⁵⁰³. Ancak malvarlıksal yeterlilik bulunmasına rağmen, somut olay şartları malvarlığının yeterli bir teminat olarak değerlendirilmemesi sonucunu doğuruyorsa, ek teminat alınmaması ticari takdir sınırları dışında hareket edildiğini kabul için yeterlidir.

Teminatsız kredi verilmesi halinde yöneticilerin kusurlu olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Teminat kavramının geniş yorumlanması, bu görüşün ticari sahada doğuracağı sakıncaları ortadan kaldırmaktadır. Değerlendirmede ise somut olay şartları dikkate alınmak zorundadır. İşadamı kararı ilkesinin buradaki rolü de somut olay şartları çerçevesinde değerlendirme yapılmasını sağlamaktır.

⁵⁰³ Sieg/Zeidler, Rn. 33

§ 8. ZARAR

I. GENEL OLARAK

Hukuka aykırı, kusurlu ve illi bir işlem ya da karar bulunmasına rağmen, hukuki anlamda zararlı bir sonucun doğmaması halinde, hukuki sorumluluk gündeme gelmez. Bu bakımdan zarar kavramının sorumluluk hukukunda ne anlama geldiği önem taşır.

Sorumluluk hukuku bakımından zarar, eylem ya da işleme muhatap olan kimsenin mevcut malvarlığı durumu ile, zararlı işlem ya da eylem gerçekleşirse idi, olması gereken malvarlığı durumu arasındaki farkı ifade eder⁵⁰⁴. Anonim şirketler ve banka hukuku bakımından da kavram aynı anlamı taşımaktadır⁵⁰⁵. Şirketler hukukunda zarar kavramının kapsamına, malvarlığında açık biçimde beliren kayıp yanında yoksun kalınan kâr da girer⁵⁰⁶.

Dolayısıyla zararların genel sorumluluk hükümleri çerçevesinde tazmini, kural olarak, mümkün olmamasına rağmen, anonim şirket sorumluluk hukuku esaslarının istisnai bir özelliği olarak, kanun koyucu doğrudan zarara uğramayan pay sahipleri ve alacaklıların tazminat talebine olanak vermiştir⁵⁰⁷ (TTK m. 336/I, 340).

II. BANKA YÖNETİCİLERİNİN SORUMLULUĞUNUN UNSURU OLARAK ZARAR

Banka yöneticilerinin hukuki sorumluluğu bakımından da zarar asli bir unsurdur. Bu husus “...bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak...” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir (Bank.K m. 110/I).

Zarar kavramı bakımından belirleyici olan, soyut bilanço kar ya da zararı değil, somut zarardır. Bilançoda belli bir miktarın zarar olarak görülmesi, bunun tazmini gereken bir zarar olduğunu ifade etmediği gibi,

⁵⁰⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 548

⁵⁰⁵ Meier-Wehrli, s. 77; Bertschinger, s. 15, Rn. 23; Kunz, Peter, Zu den Haftungsvoraussetzungen und zu einigen weiteren Themen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit - Rückblick, Status quo und Perspektiven, AJP/PJA, 1998, (s. 1267-1285), s. 1272

⁵⁰⁶ Meier-Wehrli, s. 77; Ziemons, Hildegard, in Handbuch der Aktiengesellschaft, Hrsg. von Nirk, Rudolf/Ziemons, Hildegard/Binnewies, Burkhard; Köln, 2009, Rn. Abschnitt 8, Rn.958

⁵⁰⁷ Bertschinger, s. 15

bilançoda kar görülmesi de tazmini gereken bir zararın bulunmadığı anlamı taşımaz. Sorumluluğu gerektiren zarar, somut olarak belirli bir işlem ya da karardan kaynaklanan malvarlıksal kayıptır.

Banka hukukunda, sorumlulukta davacı sıfatı bulunanların malvarlığında azalma olması mümkün olmakla birlikte, her zaman için bir azalmanın mevcut olması şart değildir. Bu halde TMSF, bankanın ya da kendisinin uğramış olduğu zararın tazmini talep etmektedir. Burada yansıma suretiyle uğranılan bir zarar da sözkonusu olmayıp, yasa tarafından TMSF'ye verilen yetkiler çerçevesinde zarar verenin bunu tazmini sözkonusudur.

Zararın, bankaya verilenlerle sınırlı olması, TMSF'nin kendisinin ya da pay sahiplerinin doğrudan zararlarının, madde hükmü kapsamında himaye edilmesini engeller(Bank.K m. 110/1). Ancak aynı maddede, TMSF'nin tahsil ettiği tutardan öncelikle Fon tarafından ödenen mevduat ve katılım fonu tutarı ve fer'ileri mahsup edileceği öngörüldüğünden, TMSF'nin kısmen sigortacı sıfatına dayalı olarak uğradığı zararı talep ettiğini kabul etmek gerekir.

Zarar doğurucu işlem ve kararın bir ya da birden fazla yönetici ya da diğer mensuplar tarafından gerçekleştirilmesi mümkündür. Tek kişinin verdiği zararların hesaplanması bakımından güçlük bulunmamakla birlikte, birden fazla kimsenin birlikte zarara sebebiyet vermesi halinin özel olarak incelenmesi gerekmektedir⁵⁰⁸.

III. İSBAT YÜKÜ

İsbat yükü, tartışmalı bulunan hususları doğrulamak amacıyla, genel olarak iddiada bulunana atfedilen bir yükümlülüktür (HUMK. m. 238; TMK m. 6). Bu nedenle Bankacılık Kanunu'nda da, aksine düzenleme bulunmadığı takdirde, zararı ispat yükü iddiada bulunan davacıya ait bir yükümlülük olarak kabul edilmek zorundadır. Ancak Bankacılık Kanununda ispat yükü bakımından özel nitelikte bir düzenleme mevcuttur ve kanunda, Fon tarafından kanunun 110. maddesi uyarınca açılan davalarda ispat yükünün davalıya ait olduğu yönünde bir hükme yer verilmiştir (Bank.K m. 137; Geçici m. 11). Bu genel düzenleme tarzı, ispata ilişkin doğabilecek tüm ihtilafları

⁵⁰⁸ Bkz. aşağıda § 16 başlığı altında yapılan açıklamalar.

halledebilecek kuvvettedir ve herhangi bir istisnaya yer vermemiştir. Hükmün gereği olarak sorumluluğun tüm unsurlarını –daha doğrusu bu unsurların bulunmadığını- ispat yükü davalıya aittir.

İsbat yükünün yer değiştirmesine yönelik bu düzenlemenin temeli, 4389 sayılı kanuna 2003 yılında eklenen 17/a maddesine dayanmaktadır. Anılan düzenlemenin gerekçesi incelendiğinde, özellikle iddiaların davalının kusuru nedeniyle ispatlanamaması yüzünden alacağın tahsil edilememesine, bankaya verilen zararların oldukça yüksek olmasına ve kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı ilkesine dayanıldığı tesbit edilmektedir. Bu gerekçeden düzenlemenin amacının, bankanın zarar miktarının fazla olması nedeniyle herhangi bir hususun ispatına gerek olmaksızın davalıyı sorumlu tutmak olduğu anlaşılmaktadır.

İsbat yüküne ilişkin bu düzenlemeye kanun metninde öngörüldüğü anlamda riayet edilmesi halinde, kusursuz sorumluluktan daha ağır bir sorumluluk halinin mevcut olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Çünkü düzenleme, davacının soyut beyanını zararı ve miktarını ispat bakımından yeterli kabul ettiğinden, “zararsız sorumluluk” sonucunu doğurabilecek niteliktedir. Ancak bankanın fona devredilmesi ya da faaliyet izninin kaldırılması, bankanın bilanço zararı dahil, soyut biçimde talep olunan tüm zararının davalılar tarafından karşılanması anlamını taşıyacak şekilde yorumlanamaz. Banka faaliyet izninin kaldırılması ve bankanın fona devri, sadece yüksek zarar ile açıklanamaz ve neticenin ağır olması, sorumluluk hukuku bakımından yöneticilere keyfi muamelede bulunulmasını gerektirmez.

Kanaatimizce düzenleme 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde ve AİHS'nin 6. Maddesinde yer bulan adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir. Adil yargılanma hakkı sadece ceza davalarında değil, aynı zamanda hukuk davalarında da uygulama alanı bulur ve özü itibarıyla hakkaniyete uygun bir yargılama yapılmasını gerektirir (AİHS.m.6/1). Yargılama faaliyeti, her iki tarafın iddia ve savunmaları değerlendirilmek suretiyle yürürlükteki kurallar çerçevesinde hak ve haklılık durumunu ortaya çıkarmayı hedefler. Herhangi bir ispat vasıtasına yer verilmeksizin, taraflardan birinin iddialarını ispat bakımından yeterli kabul edip, aksinin ispatını karşı tarafa yüklemek,

kapsamı son derece geniş olan adil yargılanma hakkını ihlal eder niteliktedir. Bu açıdan Bankacılık Kanunu'nda ispata ilişkin yer alan düzenlemenin anayasaya aykırılığı iddiası, ciddi bir iddia olarak değerlendirilmelidir.

Anayasal hakları ihlal ettiği kanaatini taşıdığımız bu düzenleme sayesinde, davalı aleyhine öngörülen yükümlülüğün yerine getirilmesi, hukuki açıdan imkansızdır. Çünkü davalı, zararın ispatı bakımından gerekli olan defter ve kayıtlara sahip olmadığı gibi, görevinin herhangi bir sebeple sona ermesinden sonra zararı artıran ya da azaltan hususlara ilişkin delillere sahip olma imkanından da yoksundur. Zararı ispat yükünün, ispatındaki imkansızlıktan dolayı davalıya değil, davacıya ait bir yükümlülük olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁵⁰⁹.

Zararı ispat yükü davacıya ait olmakla birlikte, zararın miktarının mutlak, yani tam ve kesin olarak ispatı, bazı hallerde mümkün olmayabilir. Bu nedenle davacının zararı ispat yükü bakımından hal ve şartlara önem vermek ve ispat yükünü bu derece ağır olarak tayin etmemek gerekir⁵¹⁰. Nitekim genel sorumluluk esasları, zararın miktarının tam olarak ispat edilemediği hallerde, hakimin zarar miktarını hal ve şartlara göre adil olarak resen tesbit etmesini öngörmektedir (BK.m. 43/1). Ancak hakimin takdire dayalı olarak zarar miktarını tesbiti, malvarlıksal zararın, özellikle de kredi işlemlerinden kaynaklanan zararın sözkonusu olduğu hallerde son derece istisnai olarak uygulanabilecektir.

IV. ZARARIN KAPSAMI

Yöneticiler tarafından tazmini gereken zarar, bankanın işlem ya da karar nedeniyle uğramış olduğu zarardır. Talep bakımından zararın kesinleşmesi, özellikle üçüncü şahıslar lehine olan işlem ve kararlar neticesinde uğranılan zararın bu kimselerden tahsil edilememiş olması ve

⁵⁰⁹ Aynı yönde bkz. **Tekinalp** (2009); s. 295; **Alıcı**, s. 1056, *Alıcı*, banka hakkında Bank.K m. 71/1,e maddesinin uygulanması durumunda, isbat yükünün davalıya ait olduğunu belirtmekle birlikte, kanaatimizce bu konuda bir istisna tanınması mümkün değildir. Yazarın tanımak istediği istisna, zarara değil, belki kusura ya da illiyet bağına ilişkin olarak değerlendirilebilir. Nitekim yazar, “...fonun bildirdiği şekil ve miktarda banka zararına sebebiyet vermediklerini isbat edeceklerdir” demek suretiyle bu hususa işaret etmektedir.

⁵¹⁰ Krş. **Tekinalp** (2009); s. 294 vd.

tahsil kabiliyetinin bulunmaması gerekir. Bankanın üçüncü şahıslardan olan alacağı hakkında teminatlar nakde çevrilmeden, varsa şahsi teminatlara müracaat edilmeden, yöneticilerin hukuki sorumluluğuna gidilemez. Çünkü bu ihtimalde, tazmini gereken bir zarar halen oluşmamıştır.

Zararın kesinleşmesi, uğranılan zarar miktarının tayini bakımından zorunludur. Bu konuda üçüncü şahıslar hakkında yapılan takip neticesinde aciz belgesi alınmış olması, yöneticilerin hukuki sorumluluğuna gidilebilmesi bakımından yeterlidir⁵¹¹.

Talep olunan zararın kapsamına ilkin asıl alacak girer. Davalının işlemi nedeniyle, bankanın uğramış olduğu malvarlığı kaybı, zarar kapsamında talep edilebilecek ilk kalemi oluşturur. Bu miktara faiz kaybının da eklenmesi gerekir. Sorumluluk haksız fiil kaynaklı olduğundan, faiz, yöneticinin yapmış olduğu işlem ya da karar tarihinden itibaren talep edilebilir. Ancak davacının sözleşmeye aykırılığa dayanması halinde, faiz başlangıç tarihi ihtar ya da dava tarihi olacaktır.

Zararın temerrüt faiziyle karşılanamayan kısmı da alacaklı bakımından zarar kapsamında değerlendirilmelidir (BK.m. 105). Çünkü temerrüt faizi, para borcu bakımından alacaklının uğradığı zararı belirleme aracı olarak kanunen kabul edilmiş bir ölçüttür. Bu ölçütü aşan bir zararın bulunması halinde, aşan kısmın da tazmini gerekmektedir. Munzam zarar tazmini bakımından, hangi miktarın zarar kapsamında yer alması gerektiği ve zararın ispatı konusunda iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan ilki alacaklının ancak somut olarak uğramış olduğu zararın talep edilebileceği düşüncesine dayanır, ki bu ihtimalde uğranılan zararı ispat yükü davacıya aittir⁵¹². Diğer görüşe göre alacaklının kullanma imkanından yoksun kalmış olduğu meblağı, genel piyasa koşullarına göre daha elverişli biçimde kullanma olanağının bulunması ve bunun temerrüt faizi ile karşılanamayan daha fazla bir zarara tekabül etmesi halinde, zarara uğramış olduğunu karine olarak kabul etmek

⁵¹¹ Borçlunun haczi kabil maaşının bulunması aciz belgesi tanzimine engel değildir. 12. HD. 03.06.2002 T., 2002/10708 E., 2002/11721 K. sayılı ilamı.

⁵¹² "...alacaklı munzam zararını somut olarak ispat etmek zorundadır. Yüksek enflasyon, döviz kurundaki artış, faiz oranlarının yüksek oluşu alacaklıyı ispat yükünden kurtarmaz. Somut olayda, davacı munzam zararını somut olarak ispat edemediğinden davanın reddi gerekir". HGK 21.06.2006 T., 2006/5-353 E., 2006/462 K. sayılı ilamı.

gerekir ve bu zararın tazmini yükümlülüğü doğar⁵¹³. Soyut zarar görüşü olarak nitelendirilen ve ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğuran bu yaklaşım, pozitif hukuk bakımından HUMK. m. 238/II'ye dayandırılabilir. Bu hükme göre, maruf olan hususların ispatı gerekli değildir. Kanaatimizce de alacaklının, ödenmeyen meblağı piyasa şartlarına göre daha verimli kullanma imkanının bulunması, zararın varlığını kabul için yeterlidir⁵¹⁴.

Soyut zarar miktarının tesbiti bakımından piyasa şartlarına göre paranın kullanılma imkânları göz önünde bulundurulmakta ve alacaklının mevcut imkânların ortalamasına göre malvarlığını kullanacağı varsayılarak değerlendirme yapılmaktadır. Bankalar bakımından ise, genel piyasa şartlarına göre değil, bankacılık işlemleri kapsamında paranın değerlendirilmesi olağan bulunduğundan, malvarlığının çeşitli bankacılık işlemlerinde kullanıldığı varsayılmak suretiyle zararın belirlenmesi gerekir. Somut zararın daha fazla olduğunun davacı tarafça ispatı halinde, soyut biçimde belirlenen zarar miktarından daha fazlasını davacının talebe haklı olduğunu kabul etmek gerekir.

§ 9. İLLİYET BAĞI

İlliyet bağı, yapılan bir işlem veya alınan bir karar ile zararlı sonuç arasında sebebiyet ilişkisinin bulunmasını gerektiren sorumluluk unsurudur.

Her işlem ya da kararın birbirine bağlı sınırsız sayıda sonuç doğurması olağandır. Bu durum işlem ve sonuç ya da sonuçlar arasında tabii bir illiyet bağının bulunduğunu ifade eder. Ancak hukuki sorumluluk bakımından sınırları belirlenmemiş böyle bir bağın kullanılması kabul

⁵¹³ "...alacağın tazminat niteliğinde olduğu ve bu zararın oluşumunda ülkenin sosyo-ekonomik realitesinin etkili olması nedeniyle bütün kişi ve kuruluşların etkilenmesinin kaçınılmaz olduğu gözetilerek gerek duyulduğunda BK.nun 43. maddesi çerçevesinde değerlendirme yapıldıktan sonra davacının munzam zararının hüküm altına alınması gerekirken, tacir olan davacının alacağına zamanında kavuşması halinde yatırım veya başkaca nema getirici alanda değerlendireceği yolundaki hayatın olağan akışına özgü olgular ve davalının kusursuzluğunu ispat edemediği gözden kaçırılarak davanın reddi doğru olmamıştır". HGK. 07.02.2007 T., 2007/11-55 E., 2007/53 K. sayılı ilamı.

⁵¹⁴ Almanya ve Avusturya'daki içtihatlar da bu yönde olup; Federal Mahkemenin farklı uygulamasına tesadüf edilse de, İsviçre öğretisinde de Yargıtay'ın kabul ettiği soyut zarar görüşü hakimdir. Bkz. **Wiegand**, Wolfgang, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Hrsg. von, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang, Basel, 2007, s. 618,619

edilebilir nitelikte değildir⁵¹⁵. Bu nedenle kapsamı tabii illiyet bağına nazaran oldukça daraltılmış bulunan uygun illiyet bağı, sorumluluk hukukunca tanınan makul bir kriter olarak kabul edilmektedir⁵¹⁶. İsviçre Federal Mahkemesi uygun illiyet bağına tesbitinde ölçüt olarak hayatın olağan akışı ve yaşam tecrübelerine dayanmakta ve bu ölçüte göre genel olarak bir neticenin belli bir işlem ya da eylemden kaynaklanması mümkün görünüyorsa, uygun illiyet bağına varlığı kabul etmektedir⁵¹⁷.

Uygun illiyet bağı konusunda Türk hukukunda en kapsamlı araştırmayı yapmış olan *Eren* kavramı, “*somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışı ve hayat tecrübelerine göre mahiyeti ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşmesi ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şart ile, sözkonusu sonuç arasındaki bağ*”⁵¹⁸ şeklinde tanımlamaktadır.

Anonim şirket sorumluluk hukuku bakımından uygun illiyet bağı, sorumluluk hukukunun genel esaslarına göre özellik arz etmez⁵¹⁹. Banka sorumluluk hukuku bakımından, her ne kadar sorumluluğun tanzim edildiği 110. maddede illiyet bağı açıkça ifade edilmese de aynı esasın kabulü gerekir.

Sorumluluğun gerçekleşmesi için aranan diğer şartların, sorumluluğun unsuru olan illiyet bağı ile karıştırılmaması gerekir. Madde metninde geçen “...banka hakkında 71 inci madde hükümlerinin uygulanmasına neden olduklarının...” ibaresi, sorumluluğun unsuru olan illiyet bağına değil, sorumluluğun tahakkuku için aranan diğer şartı -illiyet bağına vurgu yapmak suretiyle- ifade etmektedir. Bu nedenle zarar doğuran işlem ya da kararın

⁵¹⁵ **Lauri**, Hans, Kausalzusammenhang und Adäquanz im schweizerischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Bern, 1976, s. 11 vd.; **Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s. 489 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 519.

⁵¹⁶ **Meier-Wehrli**, s. 79; **Forstmoser**, (Verantwortlichkeit, 1987), s. 97 vd.; **Hasenböhler**, s. 152; **Eren**, Fikret; Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975, s. 51; **Eren**, (Borçlar Hukuku, 2006), s. 505; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 573; **Oğuzman/Öz**, s. 519; **Önen**, Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara, 1995, s.139; Bkz. HGK. E. 2001/11-1103 K. 2001/001084 T. 28.11.2001; “Eylem; niteliği itibariyle olayların doğal ve alışılmış akışına, hayat deneylerine ve objektif olasılığa göre oluşan bir zarar doğurmaya elverişli ise, o eylemle zarar arasında uygun illiyet bağı varlığının kabulü gerekir”. (Y. 4. HD 27.10.1989 T., 1989/3793 E. ve 1989/8235 K. sayılı ilamı).

⁵¹⁷ BGE. 81 II 439 Se. 445, BGE 83 II 409 Se. 411, 93 II 22 Se. 29,

⁵¹⁸ **Eren**, (Uygun İlliyet, 1975), 52; **Eren**, (Borçlar Hukuku, 2006), s. 492

⁵¹⁹ **Hasenböhler**, s. 152

bankanın iflasına⁵²⁰ ya da Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinin uygulanmasına⁵²¹ sebebiyet vermiş olması şart değildir. Sorumluluğun şartı olarak banka hakkında kanunun 71. maddesinin uygulanmasına sebebiyet verilmiş olması, yöneticinin mutlak surette zarar doğuran bir işlem ya da karar almış olduğu manasına gelmez. Öte yandan hukuki sorumluluğu gerektiren her işlem ya da karar, tek başına banka hakkında 71. maddenin uygulanmasını gerektirmez. Bu bakımdan banka hakkında 71. maddenin uygulanmasına sebebiyet verilmesi ile sorumluluğu gerektiren işlem ve karar bakımından ayırım yapılması gerekir. Yöneticiler, banka hakkında 71. maddenin uygulanmasına neden olmuşlarsa, artık bankaya vermiş oldukları zararın tek başına 71. maddenin uygulanmasına sebebiyet verip vermediğine bakılmaksızın şahsi iflaslarının talep edilebilmesi mümkündür.

İllyet bağının mevcudiyetini ispat, genel esaslar çerçevesinde davacıya ait bir yükümlülüktür⁵²² (TMK m. 6). Ancak Bankacılık Kanunundaki özel düzenleme nedeniyle, illiyet bağının bulunmadığını ispat yükünün, davalıya ait olduğu kabul edilmelidir (Bank.K m. 137).

Yükümlülükler ihlal edilmemiş olsaydı dahi, zararın engellenemeyeceği ispatlanabildiği taktirde, illiyet bağının bulunmadığı kabul edilir⁵²³. Bu durum özellikle yöneticilerin gözetim yükümlülüğü bakımından önem taşır. Etkin organizasyon yapısına sahip, mevzuatın öngördüğü ve işletmen faaliyetleri esas alınmak suretiyle hal ve şartlara göre gerekli gözetim faaliyetlerinin yürütüldüğü bir bankada, yöneticilerin haberdar olmadığı işlem ve davranışlar bakımından sorumlu tutulması, illiyetin bulunmaması nedeniyle reddedilmelidir.

İllyet bağının tesisi bakımından, davranışın, sonucun tek sebebi olması şart olmayıp, kısmi sebebi olması ve diğer sebeplerle sonuca etkili olması yeterlidir⁵²⁴. Diğer sebeplerin, sorumluluğu bulunan başkaca şahısların eylem ve işlemlerinden kaynaklanması durumunda, sebeplerin

⁵²⁰ Krş. **Tekinalp**, (Banka Hukuku, 2009), s. 294

⁵²¹ Krş. **Alıcı**, s. 1055 vd.; 19 HD. 16.10.2004 T., 2004/9515 E., 2004/12667 K. sayılı ilamı (**Reisoğlu**, s. 1372'den naklen)

⁵²² **Hasenböhler**, s. 152

⁵²³ **Forstmoser**, (Verantwortlichkeit, 1987), s. 100, Rn. 272

⁵²⁴ **Forstmoser**, (Verantwortlichkeit, 1987), s. 100, Rn. 270

çokluğundan bahsolunur ve bu halde sorumluluk bakımından sebeplerin çokluğuna ilişkin esaslara göre değerlendirme yapılması gerekir⁵²⁵.

Yöneticilerin, kendilerinden önce bu görevi yapanlara rücu etmemekten kaynaklanan sorumluluktaki illiyet bakımından, kanuni istisnalar saklı olmak kaydıyla, zamanaşımı süresi ve yöneticilerin iyiniyeti gözetilmek suretiyle bir ayırım yapılmalıdır. Rücu için zamanaşımı süresi dolmuşsa, yöneticiler iyiniyetli olmaları halinde rücu etmemeden dolayı sorumluluğa tabi olmamalıdır. İyiniyet, yöneticinin sorumluluk şartlarının mevcudiyetini bilmemesi ve bilebilecek durumda olmamasını ifade eder⁵²⁶. Somut şartlara göre kendisi tarafından bilinmesi gereken sorumluluk gerektiren işlem ve eylemler bulunuyorsa, bundan dolayı hukuki sorumluluğuna gidilebilir. Bu konudaki ispat yükü, davacıya ait olmalıdır. Zamanaşımı süresinin sona ermediği zararlar bakımından ise kural olarak sorumluluk bulunmaz. Ancak zamanında ilgili kimseye rücu etmeyerek zarara ya da zararın artmasına neden olduğu davacı tarafından ispatlanabiliyorsa, rücu etmemeden doğan zarar bakımından davranış illi olacaktır.

§ 10. HAKİM ORTAKLARIN SORUMLULUĞU VE SORUMLULUĞUN UNSURLARI

I. GENEL OLARAK

Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesinde bankanın fona devri ya da faaliyet izninin kaldırılmasına yöneticilerin işlem ve kararları ile sebebiyet vermeleri halinde, yöneticilerin yanısıra, işlem ve kararların hakim ortaklara menfaat temini amacıyla yapılması kaydıyla, hakim ortakların da iflas yoluyla sorumluluğuna gidilebileceği öngörülmektedir.

Usuli açıdan hakim ortakların sorumluluğu, yöneticilerin sorumluluğu ile aynı esaslara tabidir. Bu nedenle hakim ortakların sorumluluğuna gitmek için bankanın faaliyet izninin kaldırılması ya da fona devredilmesi, yöneticilerin işlem ve kararlarıyla bu sonucun doğmasına neden olmaları gerekir. Fon kurulunun hakim ortakların iflas yoluyla sorumluluğuna gidilmesi

⁵²⁵ Bkz. **Eren**, (Uygun İlliyet, 1975), s. 148 vd.

⁵²⁶ **Hasenböhler**, s. 154

hakkında bir karar alıp almayacağı kanun metninde açıkça belirtilmemekle birlikte, hakim ortakların sorumluluğuna ilişkin olarak temin edilen menfaat üzerinden (sorumluluğun ya da iflasın) uygulanmasını öngören düzenlemenin (Bank.K m. 110/I,2), yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin esasların (Bank.K m. 110/I,1) uygulanmasını öngördüğünü kabul etmek gerekir. Bu nedenle hakim ortakların sorumluluğu için de fon kurulu tarafından karar alınması gerektiği kabul edilmelidir⁵²⁷.

Hakim ortakların iflas yoluyla hukuki sorumluluğuna gidilebilmesi için banka hakkında verilen fona devir ya da faaliyet izninin kaldırılması kararının, Bankacılık Kanunu'nun 71/I,e maddesinde düzenlenen "banka kaynaklarının istismar edilmesi" sebebine dayanması zorunlu değildir. Karar, anılan maddede öngörülen diğer sebeplere dayansa bile, hakim ortaklara menfaat temin edilmesi halinde, sorumluluk hükmü uygulanabilir.

II. SORUMLULUĞUN ŞAHIS UNSURU

Yasal düzenlemede her ne kadar hakim ortakların sorumlu olacağı öngörülmekte ise de, bu kimselerin banka anonim şirketinde hisse sahibi olması zorunlu değildir. Ortak sıfatını taşımamakla birlikte, hakim ortak olarak nitelendirilebilecek olan kimseler de hukuki sorumluluğa tabidir. Ancak Bankacılık Kanunu'nda hakim ortakların sorumluluğu tanzim edilirken, "*menfaat temin eden ortaklar*"⁵²⁸ın sorumluluğa tabi olduğu öngörülmüştür (Bank.K m. 110/I,2). Bu durumda hakim kişilerden sadece ortak sıfatını taşıyanların mı sorumluluğa tabi olduğu tereddütü doğmaktadır. Kanaatimizce maddede geçen "ortak" tabiri, hakim kişilerden sadece ortak sıfatını taşıyanların sorumlu olacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Her ne kadar madde ortaklardan bahsetse de, bu kavramı, sorumluluk normunun (Bank.K m. 110/I,2) tamamı nazara alınmak suretiyle yorumlamak gerekir. Bahsi geçen hüküm, hakim ortakların sorumluluğunu tanzim etmektedir ve maddede yer alan ortak ibaresi, hakim ortak şeklinde anlaşılmalıdır.

⁵²⁷ Aynı yönde **Reisoğlu**, s. 1378

⁵²⁸ Bahsi geçen hükümde "*Bu karar ve işlemler bankanın hakim ortaklarına menfaat temini amacıyla yapıldığı takdirde, menfaat temin eden ortaklar hakkında da temin ettikleri menfaat üzerinden uygulanır.*" ifadesi yer almaktadır.

Sorumluluk bakımından menfaatin doğrudan ya da nihai yararlanıcısının hakim ortak olması yeterlidir. Hakim ortak sıfatının dolaylı bir şekilde elde edilmesinin mümkün olması sebebiyle, hakim ortağa dolaylı surette sağlanan menfaatler de, Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesi uyarınca tazmine konu olabilir. Bu bakımdan hakim ortak tarafından belirlenen kimselere menfaat sağlanması halinde de, tazmini gereken menfaat bulunmaktadır⁵²⁹.

Temin edilen menfaat miktarının, bankanın uğramış olduğu zararlarla örtüşmesi şart değildir. Menfaat miktarının hesabında, hakim ortağın elde ettiği değeri kullanmak suretiyle elde ettiği malvarlığı değerleri, menfaat değeri kapsamına girmez. Talepte esas alınacak miktar, bankadan haksız olarak sağlanan yarar tutarıdır.

III. SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hakim ortakların hukuki sorumluluğu, pay sahipleri bakımından tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi ile açıklanabilir⁵³⁰. Teori, şirket tüzel kişiliğine yasal olarak sağlanan imkanların, pay sahibi tarafından hakkın kötüye kullanılması suretiyle değerlendirilmesini engellemeyi hedefler⁵³¹. Yasanın tanıdığı olduğu hukuki kişiliğin, hukuka aykırı amaçlar doğrultusunda pay sahipleri tarafından kullanılması, bu amaçları gerçekleştirilmede tüzel kişiyi vasıta kılan gerçek kişilerin ortaya çıkarılmasını ve dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerekli kılar⁵³². Böyle hallerde pay sahibi şirketin ayrı bir kişiliğinin bulunduğu dayanamaz ve şirket adına yapılan işlemde doğan zarar, doğrudan pay sahibine isnat edilir⁵³³.

Hakim ortakların hukuki sorumluluğu bakımından, Bankacılık Kanunu'nda hakim ortaklar tarafından gerçekleştirilmiş bir fiil ya da onlar tarafından yapılan bir işlem ya da kararın bulunması şartına yer verilmemiştir. Sorumluluk bakımından hakim ortaklara menfaat temin edilmesi yeterlidir.

⁵²⁹ **Tekinalp**, (Fondaki Banka, 2003), s. 81, kn. 180; **Reisoğlu**, s. 1377

⁵³⁰ **Kaplan**, İbrahim, Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları, BATİDER. C. XXV, Sa. 4, (s. 37-46), s. 40

⁵³¹ **Kaplan** (2009), s. 39

⁵³² **Kaplan** (2009), s. 38

⁵³³ **Bauen**, Marc/**Bernet**, Robert, Schweizer Aktiengesellschaft, Zürich, 2007, s. 7

Hakim ortak kavramının tanımından hareketle, kanun koyucunun, hakim ortaklara menfaat temin edilmesi halinde, bu menfaatin hakim ortakların yönetim kurulu karar çoğunluğunu belirleme gücüne dayalı olarak temin edildiği hususunda bir düşünceden hareket ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu nedenle, hakim ortak tarafından menfaat temininin sabit olduğu hallerde, hakim ortağın bu menfaatin temini bakımından yönetici ile işbirliği içerisinde olduğu varsayılmaktadır.

Geniş anlamda sorumluluğun dayanağı, dürüstlük kuralının ihlali kapsamında değerlendirilebilir. Kanun koyucunun bu varsayımı bir karine mi yoksa bir faraziye olarak mı öngördüğü, yasal düzenlemenin incelenmesini gerektirmektedir. Yasal düzenleme herhangi bir istisnaya yer vermeksizin, hakim ortağa menfaat teminini, hakim ortağın hukuki sorumluluğunun tahakkuku bakımından yeterli görmektedir. Menfaat temininin bir işbirliğine dayanıp dayanmadığını ispat ve bu surette sorumluluktan kurtulmak bakımından hakim ortağa tanınmış bir imkan bulunmamaktadır⁵³⁴. Sorumluluk açısından aranan tek unsur, menfaat teminidir. Bu açıdan kanun koyucunun burada bir faraziye yer verdiği kabul edilmelidir: Menfaat temininin mevcut olduğu hallerde, menfaati temin bakımından yöneticiler ile işbirliği olsun ya da olmasın, hakim ortağın işbirliği içerisinde hareket ettiği faraziye olarak kabul olunur⁵³⁵. Bu durumun aksinin ispatı mümkün değildir.

Hakim ortağın banka yönetimine müdahale gücü *yönetim kurulu* karar çoğunluğunun belirlenmesi ile sınırlı olmasına rağmen (Bank.K m. 3), faraziye, hakim ortağın *yöneticiler* ile işbirliği içerisinde bu menfaati temin ettiğini kapsamaktadır (Bank.K m. 110/1,2).

⁵³⁴ *Reisoğlu*, hakim ortağın iflası için, yöneticileri ve denetçileri menfaat temini için karar alma hususunda yönlendirmesi gerektiği görüşündedir. **Reisoğlu**, s. 1377

⁵³⁵ *Reisoğlu* bu halde, bir karinenin varlığını kabul etmektedir. **Reisoğlu**, s. 1377

IV. SORUMLULUĞUN MADDİ UNSURLARI

A. Kusur

Hakim ortakların hukuki sorumluluğu bakımından kusur, yöneticilerin kusuru ve hakim ortakların kusuruna ilişkin olmak üzere iki farklı açıdan değerlendirilmelidir.

Bankanın fona devri ya da faaliyet izninin kaldırılması bakımından, yöneticilerin kusuru, yöneticilerin sorumluluğu bakımından aranan kusurdan farklılık göstermez: Yöneticilerin kasten ya da ihmal ile hareket etmiş olmaları arasında fark yoktur.

Hakim ortakların hukuki sorumluluğu bakımından yöneticilerin kanuna aykırı karar ve işlemleri, hakim ortaklara menfaat temin etmek amacıyla gerçekleştirmeleri gerektiğinden (Bank.K m. 110/1,2), hakim ortakların sorumluluğuna gidilebilmesi için, işlem ve kararların menfaat temini kastıyla yapılması gerekir⁵³⁶.

Hakim ortağa menfaat temini amacı, işlemin sebebini, daha doğru bir ifadeyle saikini ifade etmektedir. Bir hukuki işlemde saikin ne olduğu ya da ne yönde olduğu ile hukuk düzeni kural olarak ilgilenmez. Ancak buna önem atfedildiği hallerde, bu saikin objektif verilere göre belirlenmesi gerekir. Bu da prensip itibarıyla objektif hukuki görünüm nazara alınmak suretiyle tayin edilecektir. Hakim ortağa kanuna aykırı karar ya da işlemlerle menfaat temin edildiği hallerde, yöneticilerin menfaat temin etme amacıyla hareket ettiklerini karine olarak kabul etmek gerekir⁵³⁷.

Buna karşın hakim ortakların menfaat temini bakımından kusurlarının bulunması gerekmeyip, burada bir kusursuz sorumluluk hali mevcuttur. Bu durum, menfaat temin etmeleri halinde yöneticiler ile işbirliği içerisinde hareket etmiş olduklarının kabul edilmesi varsayımına dayanır.

⁵³⁶ Reisoğlu, s. 1377

⁵³⁷ Reisoğlu, s. 1377

B. Zarar

Hakim ortakların hukuken sorumlu oldukları miktar, temin etmiş oldukları menfaatle sınırlıdır. Menfaat, hakim ortağın banka yönetimindeki hakimiyet gücünü kullanmak suretiyle hukuka aykırı biçimde elde ettiği malvarlıksal yararı ifade eder.

Hakim ortağın, sadece yönetim kurulu karar çoğunluğunu belirleme gücünün olması, menfaat temini bakımından yeterli değildir. Temin edilen menfaatin hukuka uygun olarak edinilmiş maddi bir yarar ise, sözkonusu miktarın, sorumluluğu gerektiren bir menfaat olarak nitelendirilemez. Örneğin, hakim ortağın hukuka uygun olarak sağladığı kredinin, bu hükme dayalı olarak iadesi talep edilemez⁵³⁸. Bu yönüyle temin edilen menfaatin haksız bir menfaat olması gerekir. Yasal kredi limitlerini aşan krediler, hukuka aykırı menfaate örnek gösterilebilir.

Haksız menfaat temini, hukuka aykırılık yanında, piyasa şartları kapsamında da değerlendirilmelidir. Piyasa şartlarında emsalleri için uygulanmayan ve tatmin edici haklı bir sebebe dayanmayan yüksek mevduat faizi ya da düşük kredi faizi, teminatsız krediler, kullanılan kredinin geri dönüşünün mümkün olmadığı bariz şekilde anlaşılan projelere tahsis edilen krediler, teminat iadeleri ya da ertelemeler, haksız menfaat temini kapsamında değerlendirilmelidir⁵³⁹. Hakim ortakların sorumluluğu haksız fiil hükümlerine dayandığından, faiz, menfaatin temin edildiği tarihten itibaren talep edilebilir.

⁵³⁸ **Tekinalp**, (Fondaki Banka, 2003), s. 81, kn. 180

⁵³⁹ *Tekinalp* böyle durumlarda, somut olay şartlarının tetkiki gerektiğini belirtmekte (**Tekinalp**, (Fondaki Banka, 2003), s. 81, kn. 180); *Reisoğlu* ise kanuna aykırılık kriterinin kullanılmasını önermektedir.

IV. BÖLÜM: SORUMLULUĞUN ŞEKLİ ŞARTLARI VE USULİ ESASLAR

Ş 11. BANKANIN FONA DEVRİ VE FAALİYET İZİNİN KALDIRILMASINA SEBEBİYET VERİLMESİ

I. ANLAM VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Hukuki sorumluluğun önşartı olarak bankanın faaliyet izninin kaldırılması ya da fona devredilmesi gerekmektedir (Bank.K m. 110/I). Bankacılık Kanunu fona devir ve faaliyet izninin kaldırılması kavramlarının hukuki niteliğini, bu kavramlara bağladığı sonuçlar ile açıklamaktadır.

A. Faaliyet İzninin Kaldırılması

Belirli şartların gerçekleşmesi durumunda, bankanın faaliyet izni, BDDK kararı ile kaldırılabilir (Bank.K m. 71/II). İzin kaldırılmasına bağlanan sonuçlardan en önemlisi, sonraki aşamada bankanın –iflas yoluyla ya da fon vasıtasıyla- tasfiye sürecine girmesidir (Bank.K m. 71/III). Bu bakımdan iznin kaldırılması, banka bakımından bir sona erme nedeninin gerçekleşmesini sonuçlar ve faaliyet izni kaldırılan banka hakkında yeniden faaliyet izni verilemez (Bank.K m.106/III,VII). Faaliyet izni kaldırılan bankalar, iznin kalkmasına ilişkin BDDK kararının resmi gazete yayımlandığı tarihten itibaren mevduat kabul edemezler ve diğer bankacılık işlemlerinde bulunamazlar (Bank.K m. 71/son). Ancak banka tüzel kişiliği, iflas yoluyla tasfiye ya da iflas kararı verilmemesi halinde iradi tasfiye tamamlanıp terkin gerçekleşinceye kadar varlığını korur⁵⁴⁰.

Faaliyet izninin kaldırılması, banka yönetim ve denetimini *ex lege* fona intikal ettirir, yönetim ve denetim organlarının görevleri sona erer (Bank.K m. 106/I). Burada yönetim kavramının kapsamı tereddüte mahal vermektedir. Çünkü yönetim en geniş anlamıyla, organ olarak genel kurulun ve dolayısıyla pay sahiplerinin yetkilerini kapsamına rağmen, dar anlamda sadece esas icra organı olan yönetim kurulunu ve işletme organizasyonu içerisinde bağımsız karar alma yetkisi bulunanları kapsar. Kanun yapım tekniği nazara

⁵⁴⁰ **Reisoğlu** s. 1270 ve orada anılan 13. HD. 02.04.2003 T., 2002/14815 E., 2003/3906 K. sayılı ilam.

alındığında, yönetim yetkisinin fona intikalinin dar anlama sahip olduğu ve pay sahiplerine ait yetkiyi kapsamadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁵⁴¹. Fona devir halinde pay sahiplerinin yetkileri de fona geçtiği açıkça düzenlendiğine göre (Bank.K m. 71/II), izin kaldırılması halinde pay sahiplerinin yetkilerinin devam ettiği ve ancak yasal olarak izin verilen hallerde fonun pay sahiplerine ait yetkileri kullanabileceği kabul edilmelidir⁵⁴² (Örneğin Bank.K m. 109/I). Fonun bu yetkiyi genel kurulu işlevsiz bırakacak ve pay sahiplerinin tüm yetkilerini ortadan kaldıracak şekilde kullanması mümkün değildir. Aynı şekilde pay sahiplerinin ve organ olarak genel kurulun yetkilerini, ancak faaliyet izninin kaldırılmasına ilişkin yasal düzenlemelere ve bunların amaçlarına uygun olduğu ölçüde kullanabilmesi mümkündür⁵⁴³. Özellikle genel kurul ya da pay sahibi yetkilerinin fon tarafından kullanıldığı hallerde, pay sahiplerinin iptal davası açma haklarını kullanma yetkilerinin bulunduğu kabul edilmelidir.

B. Fona Devir

Bankacılık Kanunu, faaliyet izninin kaldırılmasını gerektiren şartların gerçekleşmesi durumunda ikinci bir imkan olarak bankanın fona devrine karar vermek hususunda BDDK'ya yetki vermektedir (Bank.K m. 71/II).

Bankanın fona devri, faaliyet izninin kaldırılmasından farklı olarak, bankanın faaliyetlerine devam etmesine engel olmaz. Ancak bu süreçte faaliyetlerin geçici olarak durdurulması sözkonusu olabilir (Bank.K m.107/II). Yine faaliyet izninin kaldırılmasından farklı olarak, fona devir halinde asli gaye bankanın mali durumunun düzeltilmesidir⁵⁴⁴. Ancak bankanın mali durumunun düzeltilmesi, bankanın sürekli olarak fon bünyesinde tutulmasını değil, geçici bir tedbiri ifade etmektedir (Bank.K m. 107/son).

⁵⁴¹ Bank.K m. 71/II'de fona devrin sonuçları düzenlenirken, "*ortaklık hakları ile yönetim ve denetimin*" devrinden bahsedilmekte, izin kaldırılmasının sonuçlarını düzenleyen Bank.K m. 106/I'de "*yönetim ve denetim*"ın fona intikalinden bahsedilmektedir.

⁵⁴² Aynı yönde **Reisoğlu**, s. 1271

⁵⁴³ *Reisoğlu* bu hususta bazı örneklere yer vermekte ve genel kurulun yönetim ve denetim kurulunu seçemeyeceği, azledemeyeceği, genel anlamda tasfiye sürecine müdahale edemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 1272

⁵⁴⁴ **Alıcı**, s. 777

Bankanın fona devri, mali durumu düzeltmeye yönelik ve fonun asli görevi olan tasarruf mevduatını koruma gayesi ile sınırlı bir uygulama olması gerekirken, mevzuattaki düzenlemeler⁵⁴⁵ bu gayeyi aşmakta ve fon bankalarının kamuya ciddi düzeyde mali külfetlerinin ortaya çıkmasına yol açmaktadır⁵⁴⁶.

Bankanın fona devri halinde temettü hariç, ortaklık hakları da fona intikal etmektedir (Bank.K m.71/II). Bu bakımdan banka ortaklarının, pay sahipliğinden kaynaklanan diğer haklarını, bu kapsamda koruyucu haklardan olan sorumluluk davası açma haklarını kullanmaları ihtimal dışıdır.

II. FAALİYET İZİNİNİN KALDIRILMASI VE FONA DEVİR SEBEPLERİ

Bankacılık Kanunu, bankanın fona devir ve faaliyet izninin kaldırılma sebeplerini 71. maddede sınırlı sayıda tesbit etmiştir. Bu sebepler, aşağıda yasal sisteme uygun biçimde sınıflandırılarak incelenecektir.

A. Yasal Tedbirlerin Alınmaması ve Mali Bünyenin Güçlendirilememesi

Bankaların kamu bakımından arzettiği önem, onların tek başına yöneticilerin kontrolüne bırakılamayacak derecede önemli ve sürekli gözetim altında tutulması gereken iktisadi varlıkları ile açıklanabilir. İşte bu önem nedeniyle, bankanın mali yapısında ve yönetiminde bozulmanın tesbit edildiği hallerde, Bankacılık Kanunu banka hakkında bazı tedbirlerin uygulanmasını öngörmektedir (Bank.K m. 68-70). Tedbirlerin alınmasını gerektiren haller genel olarak likidite, özkaynak, aktif kalitesi, uyum (compliance) ve operasyonel risk başlıkları altında sınıflandırılabilir⁵⁴⁷.

1. Tedbir Alınmasını Gerektiren Sebepler

Yasada tedbir alınmasını gerektiren sebepler yedi ayrı başlık altında düzenlenmektedir (Bank.K m. 67). Bu sebepler:

⁵⁴⁵ Özellikle Bkz. TMSFY. m. 58 vd.

⁵⁴⁶ Fona devre ilişkin düzenlemenin sonuçlarına yönelik eleştiri için Bkz. **Reisoğlu**, s. 956 vd.

⁵⁴⁷ *Alıcı*, uyum riski ve operasyonel riski, yönetim riski ağırlığı altında toplamaktadır. **Alıcı**, s. 755; Kavramların bir kısmı mevzuatta tanımlanmıştır. Bu konuda bkz. BİSY. m. 3; BSYÖDY. m. 3

a. Likidite Riskinin Artması

Bankanın likiditeye ilişkin düzenlemelere, başka deyişle mali yükümlülüklerini zamanında yerine getirmesini sağlamaya yönelik düzenlemelere uymaması, tedbir uygulanmasını gerektiren bir neden olarak kabul edilmiştir⁵⁴⁸ (Bank.K m.67/a). Likidite yeterliliğinin sağlanmasına yönelik ayrıntılı düzenlemeler Bankaların Likidite Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik'te⁵⁴⁹ yer almakta ve hangi oranlara riayet edilmemesi halinde Bankacılık Kanununda belirtilen tedbirlerin uygulanacağı belirtilmektedir⁵⁵⁰.

Bankacılık mevzuatının likiditeye ilişkin esasları, bankaların, mali yükümlülüklerini zamanında yerine getirmesi bakımından asgari gereklilikleri ifade etmekte ve bankanın maliyet risk dengesini optimum düzeyde sağlamayı hedeflemektedir. Bu düzenlemeler riski önemli ölçüde bertaraf etmekle birlikte, somut şartlar bankanın likidite riskini azaltmaya yönelik daha ileri düzeyde tedbirler almasını gerektirebilir (Bkz. BLYY. m. 15/IV). Bankacılık Kanunu'na göre de likiditeye ilişkin düzenlemelere riayet edilmesine rağmen risk bulunmaktaysa, BDDK tedbir uygulayabilecektir (Bank.K m. 67/a).

b. Gelir Gider Dengesizliği Nedeniyle Karlılığın Faaliyetlerin İcrasını Tehlikeye Sokması

Bankacılık Kanunu'nun 67/b maddesine göre bankaların "*Gelir ve giderleri arasındaki ilgi ve dengelerin bozulması nedeniyle karlılığın faaliyetleri emin bir şekilde yürütecek yeterlilikte olmaması*", haklarında tedbir uygulanmasını gerektiren bir nedendir.

⁵⁴⁸ Reisoğlu, s. 936; Alıcı, s. 755

⁵⁴⁹ RG. 01/11/2006 T., 26333 Sa.

⁵⁵⁰ Anılan yönetmeliğin 15/IV. maddesinde, kurulun maddede belirtilen belli uyumsuzlukların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, kanunun 67. maddesinde belirtilen tedbirleri uygulayabileceği belirtilmekte, başka deyişle kurula mevzuat hükümleriyle sınırlı kalımsızın takdir yetkisi tanınmaktadır. Ancak belirtilen fıkrada kanunun 67. maddesine yapılan atf isabetli değildir. Zira kanunun atf yaptığı 67. madde, uygulanacak tedbirleri değil, tedbir alınmasını gerektiren sebepleri düzenlemektedir. Atfı, 68 ve devamı maddelere yönelik anlamak gerekir.

Bankalar temel iktisadi faaliyetleri kredi verme ve mevduat toplama olan ve diğer anonim şirketler gibi kar elde etmeyi hedefleyen şirketlerdir. Karlılığı belli dönemler itibariyle hazırlanan mali tablolarına göre tesbit olunur.

Bankaların faaliyetlerini yürütürken bazı dönemlerde çeşitli nedenlerle düşük kar elde etmeleri ya da zarar etmeleri ihtimal dahilindedir. Ancak madde uyarınca tek başına karın az olması ya da zarar edilmesi, banka hakkında tedbir uygulanmasını gerektirmemektedir⁵⁵¹. Burada önemli olan, bankanın kar ya da zarar etmesi değil, gelir gider dengesinin bozulması nedeniyle artık karlılığın önem taşımaması ve faaliyetlerin güvenilir bir şekilde yürütülmesinin mümkün olmamasıdır. Dolayısıyla madde, bankanın kar elde etmesi, hatta bunun yüksek seviyede olması halinde dahi uygulama kabiliyeti bulabilecektir.

Maddede geçen “gelir-gider arasındaki dengenin bozulması” ve “faaliyetlerin emin bir şekilde yürütülmesi” kavramlarıyla neyin ifade edildiği tanımlanmış değildir. Gelir ve giderler arasındaki dengesizlik, bankanın yükümlülüklerine ve yabancı kaynaklarına göre özkaynakların oransal olarak önemli bir fark içermesi ya da zaman itibariyle birbirini karşılamakta yetersiz kalması şeklinde ortaya çıkabilir⁵⁵². Söz konusu durum piyasa koşulları ve bankanın içerisinde bulunduğu özel koşullar nedeniyle süreklilik arz ediyorsa⁵⁵³ ya da arzedeceği şartlara göre tahmin edilebiliyorsa, karlılığın faaliyetleri emin bir şekilde yürütecek yeterlilikte olmadığı kabul edilebilir.

c. Özkaynak Yetersizliği

Bankaların özkaynaklarının, sermaye yeterliliğine ilişkin düzenlemeler uyarınca yetersiz olması ya da yetersiz kalacağının muhtemel bulunması banka hakkında tedbir uygulanmasını gerektiren bir diğer nedendir (Bank.K m. 67/c).

⁵⁵¹ **Reisoğlu**, s. 937; **Alıcı**, s. 756; Ancak bu ihtimal, koşulların uygun bulunması kaydıyla maddenin (c) bendine (Bkz. Bank.K m.43/III, 67/c; BÖKY. m. 4: BSYÖDY.m. 18) ya da (a) bendine dayalı olarak tedbir uygulanması nedeni olabilir. Aynı yönde Bkz. **Alıcı**, s. 757.

⁵⁵² **Alıcı**, kâr yetersizliğinin, bankanın özkaynak ve likidite yeterliliği ile aktif kalitesini bozması halinde, bankanın faaliyetlerini emin bir şekilde yürütmesini engelleyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Alıcı**, s. 757

⁵⁵³ **Reisoğlu**, s. 937

Hukukumuzda bankanın risklere karşı ayırması gereken özkaynak miktarı %8'dir (BSYÖDY. m. 18/1). Belirtilen oranın altına düşülmesi, banka sermayesinin risklere karşı yetersizliğini sonuçlar ve banka hakkında tedbir uygulanması gerekir. Öte yandan bankanın %8 ve daha yüksek bir oranda sermaye yeterliliğine sahip olması, banka hakkında tedbir uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Mevcut durumda sermaye yeterliliği bulunan bir bankanın, yakın bir gelecekte sermaye yeterliliğini sağlayamayacağı tahmin edilebiliyorsa, banka hakkında tedbir uygulanması mümkündür. Ancak bu tahmin, basit bir öngörüden ibaret olmamalı ve tatmin edici gerekçeler içermelidir.

d. Aktif Kalitesinin Bozulması

Aktif kalitesi, banka bilanço aktiflerinde yer alan kalemler arasındaki ilişkiyi gösterir. Bu bağlamda banka kaynaklarının önemli ölçüde sabit kıymetlere bağlanması ve kredilerin geri dönme oranının azalması, banka aktif kalitesinin bozulup bozulmadığını değerlendirme bakımından kullanılan en önemli kriterlerdir. Aktif kalitesinin bozulup bozulmadığını değerlendirme bakımından aktifler içerisinde yer alan çeşitli kalemlerin, o kalemle ilgili toplam değere ya da toplam aktiflere oranı incelenir⁵⁵⁴. Takipteki kredilerin, toplam kredilere; kredilerin, toplam aktiflere oranı gibi oranlar esas alınır.

Aktif kalitesindeki bozulmanın, bankanın mali bünyesini zayıflatacak seviyeye ulaşması halinde, BDDK tarafından banka hakkında tedbirler uygulanması mümkündür. Kalitenin mali bünyeyi zayıflatacak şekilde bozulup bozulmadığı, bankanın geçmiş dönemler uygulamasına, piyasa şartlarına ve benzer diğer bankalardaki oranlara göre belirlenir⁵⁵⁵. Bu karşılaştırma tedbiri haklı kılmasa bile, kalitedeki bozulma 67. maddedeki diğer nedenlerin gerçekleştiğini kabule haklılık verebilir.

⁵⁵⁴ Alıcı, s. 758

⁵⁵⁵ Alıcı, s. 758

e. Uyum (*Compliance*) Riskinin Gerçekleşmesi

Yöneticilerin hukuki düzenlemelere riayet etmemesinden kaynaklanan risk, uyum riski olarak isimlendirilmektedir. Bankaların bankacılık mevzuatına ve ilgili diğer mevzuat ile kurulca alınan karar ve işlemlere aykırı uygulamalarının bulunması, banka hakkında tedbir uygulanmasını gerektiren bir nedendir (Bank.K m. 67/) ve uyum riski kapsamında değerlendirilir.

Diğer ilgili mevzuat ibaresinden, bankacılık faaliyeti ve banka işletmesiyle ilgili olan mevzuat anlaşılmalıdır. Bu nedenle tedbir uygulanmasını gerektiren diğer mevzuatın, bankacılık faaliyetleri ve banka işletmesine ilişkin olması gerekir. Bunların şekli ya da maddi anlamda yasa olması arasında fark yoktur. Kurul genel düzenleyici işlemlerine riayet edilmemesi de banka hakkında tedbir uygulanmasını gerektirebilecektir.

Mevzuata her aykırılık, banka hakkında tedbir uygulanmasını gerektirmemektedir. Çünkü mevzuata aykırılık hallerinin özel yaptırımları, ilgili maddelerde düzenlenmiştir⁵⁵⁶. Gerçi mevzuatta yer alan özel yaptırımların uygulanması, banka hakkında Bankacılık Kanunu'nun 68 ve devamı maddelerinde yer alan tedbirlerin uygulanamayacağı anlamı taşımaz. Ancak bu özel yaptırımlara sebebiyet veren işlem ya da uygulama, banka bakımından çeşitli mali riskler doğurmalı (Bank.K m. 68/I,b) ve bankanın mali bünyesini ciddi ölçüde zayıflatacak düzeyde olmalıdır (Bank.K m. 71/I,a).

f. İç Sistemlerin Kurulmaması ve Bazı Operasyonel Risklerin Gerçekleşmesi

Bankaların mevzuatta öngörülen iç sistemleri kurmamış olması banka hakkında tedbir uygulanmasını gerektiren bir nedendir. Bu sebebe dayalı olarak tedbirin uygulanması bakımından başkaca herhangi bir şart aranmaz (Bank.K m. 67/f).

İç sistemlerin kurulması haricinde bankacılık mevzuatı operasyonel risklere⁵⁵⁷ de yer vermiş ve operasyonel risklerden bazılarının gerçekleşmesi

⁵⁵⁶ İdari para cezası yaptırımı ve cezai yaptırımlar hakkında bkz. Bank.K m. 146-161

⁵⁵⁷ Operasyonel risk: “Banka içi kontrollerdeki aksamalar sonucu hata ve usulsüzlüklerin gözden kaçmasından, banka yönetimi ve personeli tarafından zaman ve koşullara uygun hareket edilememesinden, banka yönetimindeki hatalardan, bilgi teknolojisi sistemlerindeki hata ve aksamalar

hali de tedbir uygulama sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda banka iç sistemleri kurulmuş olsa dahi, sistemlerin etkin bir şekilde çalışmasını engelleyecek yapısal nedenler bulunması, BDDK müdahalesini haklı kılar. Burada kontrollerde tesbit edilemeyen bir eksikliğin ortaya çıkması değil, genel olarak gözetim altında bulunması gereken bazı hususların kontrol dışında bırakılması ya da nicelik ve nitelik açısından organizasyon yapısının yetersiz olması tedbirlerin uygulanması nedenidir (Bank.K m. 67/f).

Tedbir alınmasını gerektiren bir diğer operasyonel risk, yönetimin basiretsizliğinin riskleri artırması veya mali bünyeyi zayıflatacak düzeyde yoğunlaştırmasıdır (Bank.K m. 67/g). Öğretide, maddede belirtilen yönetim kavramının, yönetim kurulunu kastettiği ifade olursa da⁵⁵⁸, kanaatimizce kavram yöneticilerin tamamını kapsamaktadır. Çünkü Bankacılık Kanunu yönetici kavramı hakkında sayım yoluyla da olsa bir tanıma yer vermiştir ve yönetim tabirinin, kanunun yönetici anlayışına uygun anlaşılması gerekir. Nitekim kurulun alacağı tedbirler arasında, sadece yönetim kurulu ile sınırlı değil, diğer yöneticileri de kapsayan bir müdahale imkânına yer verilmiştir (Bank.K m. 70/l,b).

Yöneticilerin basiretsizliği, kavram olarak öngörülerin isabetsiz olmasını ifade eder. Bununla ticari takdiri gerektiren durumlarda, hatalı takdirde bulunmaları kastolunmaktadır. Ancak yöneticilerin basiretine ilişkin değerlendirme, sonraki duruma göre değil, objektif olarak işlemin yapıldığı tarihteki şartlara göre yapılmalıdır. İşadamı kararı ilkesi, yöneticilerin ticari açıdan hatalı kararlar verebileceğini kabul etmekte ve buna olanak vermekle birlikte, yöneticilerin hata opsiyonlarının nicel olarak sınırını çizmemektedir. Bankacılık Kanunundaki bu düzenleme, banka yöneticilerinin takdire dayalı hatalı kararları bakımından aynı zamanda nicel sınır oluşturmaktadır. Yöneticilerin ticari açıdan hatalı kararları, bankanın mevzuatta tanımlanan risklerini hal ve şartlara göre önemli ölçüde arttırıyor ya da mali bünyesini zayıflatacak şekilde risk yoğunlaşmasına sebebiyet veriyorsa, artık ticari

ile deprem, yangın ve sel gibi felaketlerden veya terör saldırılarından kaynaklanabilecek zarar olasılığını” ifade etmektedir. BSYÖDY.m.3

⁵⁵⁸ **Alıcı**, s. 760

takdirindeki hatanın yapısal bir nitelik kazandığını kabul etmek ve tedbirler vasıtasıyla bankaya müdahale etmek gereklidir.

2. Uygulanacak Tedbirler

Bankacılık Kanunu'nun 67. maddesinde öngörülen sebeplerin ortaya çıkması halinde, banka hakkında tedrici olarak kanunun 68-70. maddelerinde öngörülen tedbirler uygulanacaktır. Bu tedbirler nitelikleri itibariyle hafiften kuvvetliye doğrudur ve yasada sırayla düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı tedbirler olarak isimlendirilmiştir (Bank.K m. 68-70). BDDK'nın banka hakkında uygulayabileceği nihai tedbir, fona devir kararı vermek ya da bankanın faaliyet iznini kaldırmaktır (Bank.K m. 71).

BDDK'nın tedbirlere ilişkin yetkilerini, tedbirlerin uygulanma şekil ve şartlarını belirleyen esaslara riayet etmek kaydıyla kullanması gerekmektedir. Yasada yer alan tedbir sebepleri göz önünde bulundurulmak ve bu sebeplerle tedbir kararı gerekçelendirilmek zorundadır. Yetkinin kamu hukukunda geniş uygulama alanı olan ölçülülük ilkesinin gereklerine uygun olarak kullanılması gerekir⁵⁵⁹.

Tedbirlerin uygulanmasında yasada öngörülen şekli esaslara da riayet edilmiş olması gerekir. Düzeltici tedbirler için öngörülen, tedbirlerin kurumun uygun gördüğü bir plan dahilinde tatbikine ilişkin düzenlemenin (Bank.K m. 68/son), diğer tedbirler bakımından da kıyasen tatbiki isabetli olacaktır.

B. Bankanın Faaliyete Devamının Yatırımcılar ve Mali Sistem Açısından Tehlike Arzetmesi

Bankanın *faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması* bankanın fona devri ya da faaliyet izninin kaldırılmasının bir diğer nedenini teşkil etmektedir (Bank.K m. 71/I,b). Düzenleme, yatırımcıların ve sistemin korunmasını amaç olarak belirleyen Bankacılık Kanunu sistemi ile uyumludur.

⁵⁵⁹ Alıcı, s. 763

Yatırımcılar ve sistem bakımından faaliyetlere devamın tehlike doğurması, ilkin bankanın mali bünyesinin ciddi şekilde bozulması ihtimaline dayanır. Bu ihtimali doğuracak nedenler çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Söz konusu nedenler en geniş kapsamıyla kanunun 67. maddesinde ifadesini bulur. Mali bünyesi ciddi ölçüde bozulan bir bankanın mali sistem açısından arzettiği tehlike, sadece kendi faaliyetlerinin sona erdirilmesi ile engellenemez. Bankanın mali büyüklüğü, piyasa açısından arzettiği tehlikenin en önemli göstergesi olsa da, bankacılık faaliyetleri güven esasına dayalı olduğundan, piyasa şartlarına göre mali açıdan nisbeten küçük bir bankanın faaliyetlere devamı, piyasada domino etkisi göstererek diğer bankalara da etki edebileceğinden, başka bir deyişle sisteme olan güven ve sistemin işleyişi bakımından tehlike arzedeceğinden, bankanın mali büyüklüğü, doğurabileceği tehlike bakımından önem taşımayabilecektir.

Fona devir ve faaliyet izninin kaldırılmasına imkan veren Bank.K m. 71/I,b, aynı maddenin (a) bendinde belirtilen sebeple örtüşmekte, ancak BDDK'ya daha geniş hareket serbestisi tanımaktadır. Çünkü bu bende dayalı olarak, mali bünyesi bozulmamış olan bir banka hakkında da fona devir ya da faaliyet izninin kaldırılması tedbirlerinin uygulanması mümkündür⁵⁶⁰. Örneğin aynı grubun hakim olduğu kamuoyunca bilinen bankalardan biri hakkında, fona devir ya da faaliyet izninin kaldırılması tedbirinin uygulanması, kamuoyunun diğer bankaya olan güvenini de olumsuz etkileyerek mevduat sahiplerinin bu bankaya yönelmesini sonuçlayacak bir süreci tetikleyebilecekse, sisteme olan güvenin korunması bakımından, bu banka hakkında da devir ya da izin kaldırılması tedbiri uygulanabilir.

C. Yükümlülüklerin Vadesinde Yerine Getirilemediğinin Tesbiti

Bankanın mevduat ve kredilerden kaynaklanan yükümlülüklerini zamanında yerine getirmemesi, teknik anlamıyla bankanın likidite riskinin

⁵⁶⁰ **Alıcı**, s. 778: yazar bu hale örnek olarak banka hakim ortak ve yöneticilerinin işbirliği halinde kara paranın aklanmasına yönelik faaliyetlerde bulunmasını, bilgi işlem sisteminin hileli olarak çalışmasını göstermektedir.

gerçekleşmesini ifade eder⁵⁶¹. Yükümlülüklerin vadesinde yerine getirilmemesi, akdi ya da yasal bir hakka ya da yargı kararına dayanıyorsa veya çeşitli nedenlerden ötürü geçici nitelik taşıyıp, genellik ve süreklilik kazanmamışsa, yasanın öngördüğü anlamda bir durumun sözkonusu olmadığını kabul etmek gerekmektedir⁵⁶².

Nakit yetersizliği dolayısıyla yükümlülüklerini yerine getiremeyen bankanın, gayrinakdi malvarlığı borçları karşılayabilecek nitelikte olsa bile, banka hakkında 71. maddede öngörülen tedbirlerin uygulanması mümkündür. Ancak bunun için öncelikle diğer tedbirlerden sonuç alınamaması ya da alınmasının mümkün bulunmaması gerekir⁵⁶³. Mesela bankanın gayrinakdi varlıklarının nakde dönüştürülmesi oldukça uzun bir süreci gerektiriyorsa, piyasa koşullarına göre mali tablolardaki değerlendirme tutarları gerçek değer çok üzerindeyse, bankanın diğer bankalardan temin edebileceği krediler piyasa koşullarına göre çok yüksek oranda faizle ve kısa vadeli borçlanmasını gerektiriyor ve bankanın mali bünyesi bu düzeyde borçlanmayı kaldıramayacak durumdaysa, banka hakkında fona devir ya da faaliyet izninin kaldırılması tedbirinin uygulanması mümkün olabilecektir. Sözkonusu tedbirin uygulanması bakımından bankanın mali bünyesi ve piyasa koşulları önem taşımaktadır.

D. Toplam Yükümlülük Değerinin Varlıkların Toplam Değerini Aşması

Bankacılık Kanunu bir bankanın denetimi sonucunda yükümlülüklerinin toplam değerinin, varlıklarının toplam değerini aştığının tesbit edilmesini, banka hakkında faaliyet izninin kaldırılması veya fona devir tedbirinin uygulanması sebebi olarak kabul etmektedir (Bank.K m. 71/D).

Bankacılık Kanunundaki bu düzenlemenin neyi ifade ettiği hususunda öğretide iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre sözkonusu düzenleme, özkaynak riskinin gerçekleşmesini ifade etmektedir. Mevzuat

⁵⁶¹ **Alıcı**, s. 778; BİSY. m. 3'e göre likidite riski, "*Bankanın nakit akışındaki dengesizlik sonucunda nakit çıkışlarını tam olarak ve zamanında karşılayacak düzeyde ve nitelikte nakit mevcuduna veya nakit girişine sahip bulunmaması nedeniyle ödeme yükümlülüklerini zamanında yerine getirememesi riskini*" ifade etmektedir.

⁵⁶² **Alıcı**, s. 779

⁵⁶³ DİDDK. 18.12.2003 tarih ve 2003/782 E., 2003/960 K. sayılı ilamı.

uyarınca (BSYÖDY.m. 18/I) özkaynakların, bankanın toplam riskine oranının 8/100'ün altına düşmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu görüşe göre maddede belirtilen husus, özkaynakların, toplam yükümlülük değerinden daha düşük olmasını ifade etmektedir⁵⁶⁴.

Bir diğer görüşe göre bu hükümle ifade edilmek istenilen, banka varlıklarının (aktiflerinin) borçlarını karşılayamamasıdır. Bu durumun İİK. m. 179/I'de ifade edilen "*Sermaye şirketleri...nin...borçlarının aktifinden fazla ol*"ması hali ile aynı olduğu ve banka hakkında iflas yoluyla tasfiye zorunluluğunun doğduğu ileri sürülmektedir⁵⁶⁵.

İki görüş arasındaki fark, varlık ve yükümlülük kavramlarına yüklenen anlamdan kaynaklanmaktadır. Yasada varlık ve yükümlülük kavramları açıkça tanımlanmış değildir. Ancak kanaatimizce bu kavramların aktifleri ve borçları kapsayacak şekilde kullanılmadığı kabul edilmelidir. Çünkü kavramlara böyle bir anlam verilecek olsa idi, kanun koyucunun fona devir ya da faaliyet iznini kaldırma tedbirlerini kullanma konusunda BDDK'ya takdir yetkisi bırakmaması gerekirdi⁵⁶⁶. Keza TTK'nın 324. maddesi böyle bir durumda banka yönetim kuruluna durumu derhal mahkemeye bildirme ve mahkemeye de iflasa karar verme yükümlülüğü yüklemektedir (TTK m. 324/II). Varlık ve yükümlülük kavramları bu şekilde anlaşıldığı takdirde, banka yönetim kuruluna bu yasal yükümlülüğü denetlemelere kadar yerine getirmekten kaçınma, yasaya aykırı davranma imkanının bir başka yasayla verilmiş olduğu sonucu ortaya çıkacaktır. Oysa bir güven ve itibar kurumu olan bankalar açısından böyle bir imkana yer verilmesi, Bankacılık Kanunu'nun yatırımcıyı ve sistemi koruma amacıyla bağdaşır nitelikte değildir.

Kanaatimizce devir ve faaliyet iznini kaldırma nedeni olarak varlık-yükümlülük ilişkisini, özkaynakların, bankanın üstlenmiş olduğu riskleri

⁵⁶⁴ **Alıcı**, s. 780

⁵⁶⁵ **Tekinalp** (2009); s. 257

⁵⁶⁶ Nitekim BDDK uygulaması da aksi istikamette olup, kurul yükümlülüklerin toplam değerinin, varlıkların toplam değerini aşmasını, faaliyet izninin kaldırılması yanında fona devir sebebi olarak da kullanmaktadır. Örnek olarak bkz. 09.07.2001 T. ve 379 sayılı karar. (RG. 10.07.2001 T., Sa. 24458)

karşılayamayacak düzeyde olması şeklinde anlamak, kanunun amacına daha uygun düşmektedir.

E. Banka Kaynaklarının Hakim Ortaklar ve Yöneticiler Lehine Kullanılması Nedeniyle Bankanın Emin Bir Şekilde Çalışmasının Tehlikeye Düşürülmesi veya Dolanlı Kaynak Kullanımı Suretiyle Bankanın Zarara Uğratılması

Fona devir ya da faaliyet iznini kaldırma imkanı veren bu sebep, diğer sebeplerden farklı olarak, münhasıran yöneticilerin kusuruna dayanmaktadır⁵⁶⁷ ve diğer sebeplere göre daha somut unsurlara sahiptir. Hakim ortakların da sözkonusu sebebi gerçekleştirme imkanı bulunmakla birlikte, maddenin uygulanması bakımından bunların genellikle pasif durumda olmaları ya da yasal bir müdahale aracı olarak genel kurul kararlarını kullanmaları akla gelmektedir.

Madde bünyesinde birbirinden ayrı iki sebebi içermektedir. Bunlardan ilki bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek seviyede yöneticiler ve hakim ortaklar lehine banka kaynaklarının kullandırılması, diğeri dolanlı kaynak kullandırılmak suretiyle bankanın zarara uğratılmasıdır.

Her iki sebep bakımından ortak olan unsur, banka kaynaklarının kullanılmasıdır. Diğer bazı önemli kavramlarda olduğu gibi, mevzuatta banka kaynağı kavramının da tanımlanmamış olduğu ve birbirinden farklı içerikte kullanıldığı tesbit edilmektedir. Bankacılık Kanunu'nun 108/II. maddesinde "*banka kaynağı ve varlıkları*"nın kullanılmasından bahsedilmek suretiyle, kavramının, banka varlıklarını kapsamadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Kanunun 134/X. Maddesinden ise, kredi kullandırılması ile banka kaynağı kullandırılması tabirlerinin birbirinden farklı olduğu sonucu çıkmaktadır.

Yasal düzenlemeden hareket edilmesi halinde, kredi tahsisi ve banka varlıklarının kullanımının, banka kaynaklarının kullanılması anlamını taşımadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak banka varlıklarının, banka kaynaklarının en önemli kalemlerinden birini teşkil ettiğinde ve kaynakların kullanım usulünün en önemli türünün kredi tahsisi olduğunda herhangi bir

⁵⁶⁷ Reisoglu, s. 969

tereddüt bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu ibareler, yasal düzenlemede herhangi bir kavramsal birlik kaygısı taşınmaksızın kullanılmıştır. Çünkü bahsi geçen 108/II. madde, banka kaynaklarının dolanlı biçimde kullanımını tanımlamak gayesindedir ve bu tanımda kaynak tabirini, kaynak ve varlıklardan bahsetmek suretiyle açıklamaktadır. Öte yandan kaynağın nasıl kullanıldığı bakımından bir tereddüt bulunmayıp, bunun kredi tahsisi ya da başka bir surette gerçekleşmesinin, kaynak kavramının tanımlanması açısından önemi bulunmamaktadır.

Banka kaynağı kavramı yasal olarak tanımlanmasa da, yöneticilerin hukuki açıdan üzerinde tasarruf imkanı olan her türlü malvarlıksal yararı kapsayacak bir içerikte olduğu kabul edilmelidir. Söz konusu malvarlığı değerinin mülkiyetinin bankaya ait bulunması şart olmayıp, üzerinde hukuka uygun biçimde tasarruf imkanının bulunması yeterlidir. Öğretide bankanın imkanlarının ve özellikle itibarının da banka malvarlığı kapsamında olduğu savunulmaktadır⁵⁶⁸. Kanaatimizce, bankanın itibarının kullanılması, bankanın güven sorumluluğu esasları çerçevesinde, hukuki sorumluluğunu gerektirmediği takdirde, banka kaynağı olarak değerlendirilmemelidir.

Tedbir uygulaması için banka kaynaklarının doğrudan, dolaylı ya da dolanlı olarak yöneticiler ya da hakim ortaklar lehine kullandırılmış olması gerekmektedir. Doğrudan kullanım, yöneticiler ya da hakim ortaklara bizzat yasal sınırlar içerisinde ya da bu sınırları aşan biçimde kaynak kullandırılmasını ifade eder⁵⁶⁹. Dolaylı kaynak kullanımı tabirini ise, yönetici ya da hakim ortak hesabına kaynak kullandırılması şeklinde anlamak gerekir⁵⁷⁰. Çoğu zaman yöneticilerin yasal sınırları ya da yasakları aşmak ya da hakim ortakların, kaynak kullanımının risklerinden kurtulmak amacıyla kaynakları kendi adlarına değil, bir başkası adına kullanımı mümkündür. Bu nedenle kimin tarafından kullanıldığına bakılmaksızın, banka kaynaklarının yönetici ya da hakim ortaklar menfaatine kullanımını ifade etmek amacıyla,

⁵⁶⁸ **Tekinalp**, (Banka Hukuku, 2009), s. 257

⁵⁶⁹ Yasal limitlerin aşılması, 71. maddede sayılan diğer nedenlere dayalı olarak da devir ya da faaliyet izninin kaldırılması nedeni olabilir.

⁵⁷⁰ Dolanlı kaynak kullanımı bakımından doğrudan aynı sonuca varmak mümkün değildir.

yasada dolaylı kullanım da banka hakkında tedbir uygulanması sebebi olarak kabul edilmiştir⁵⁷¹.

Dolanlı kaynak kullanımının anlamı ise yasal düzenleme ile ortaya konulabilmektedir (Bank.K m. 108/II) . Bankacılık Kanunu'nun 108/II. maddesinde dolanlı kaynak kavramını tanımlanırken, belli bazı haller sayılmış ve bu sayımın sınırlı olmadığı vurgulanmıştır. Her ne kadar sayım sınırlı olmasa da, maddede özel olarak yapılan sayıma önem atfedilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce kanunda özel olarak sayılan hallerin birinin mevcudiyeti ispatlanmışsa, artık bu işlemin dolanlı kaynak kullanma ya da kullandırma kastıyla yapıldığı karene olarak kabul edilecek ve aksini iddia edenin bunu ispatlaması gerekecektir. Çünkü kanun koyucu bu hallerden birinin mevcudiyeti halinde, kastın varlığını da kabul etmiştir. Kanunda sayılmayan bir dolanlı kaynak kullanımı iddiası bulunan hallerde ise, iddiada bulunan taraf kastı ispatla yükümlüdür.

Banka kaynaklarının kullanımına dayalı bu devir ya da faaliyet izninin kaldırılması sebebinin gerçekleşmesi için, sadece kaynak kullanımı yeterli olmayıp, bu kullanımın bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek seviyeye ulaşması gerekmektedir. Kanunda emin şekilde çalışmanın hangi hallerde tehlikeye düştüğü açıklanmış değildir. Bankanın faaliyetlerini güvenilir bir şekilde yürütmesinin tehlikeye düşmesi için, yapılan işlemlerin banka bakımından mali risklere ya da itibar riskine sebebiyet vermesi ve bunun geçici nitelik taşımaması gerekir. Özellikle likidite ve

⁵⁷¹ **Tekinalp**, (Banka Hukuku, 2009), s. 263; **Reisoğlu**, s. 971. Yazar hakim ortakların yöneticilerden farklı olarak banka kaynaklarını doğrudan değil, "dolaylı olarak", yani yöneticilerin alacakları karar vasıtasıyla kullanabilecekleri hususunu da isabetli olarak vurgulamaktadır (s. 970).; Kaynakların dolanlı kullanımının neyi ifade ettiği, kanunun 108. maddesinden yararlanılarak açıklanabilir. Anılan madde "banka kaynaklarının istismarı" başlığını taşımakta olup, ikinci fıkrasına göre; "*Bu maddenin uygulanmasında, bankaların hakim ortaklarının ve yöneticilerinin; yönetim kurulu, kredi komiteleri, yöneticiler, şubeler ve diğer yetkili ve görevliler aracılığıyla veya sair suretlerle, banka kaynaklarını ve varlıklarını; rehnemek, teminat göstermek, açıldığı tarih itibarıyla kredibilitesi olmadığı aşikar bulunan kişilere kredi vermek, karşılığında kredi temin etmek amacıyla kredi kullandırmak, yurt içi ve yurt dışı banka ve mali kuruluşlar nezdinde depo ve sair adlarla hesap açtırmak veya bu hesapları teminat göstermek ve sair şekillerde doğrudan veya dolaylı olarak kendileri veya başkaları lehine para, mal, her türlü hak ve alacak temini amacıyla kullandıkları veya başkalarına kullandırdıkları banka kaynakları ve varlıkları, dolanlı kaynak olarak kullanılmış sayılır.*" Bu tanımdan çıkan sonuç, banka kaynaklarının şahsına ya da bir başkasına maddi çıkar temini amacıyla kullanılmasının, dolanlı kaynak kullanımı olarak nitelendirileceğidir. Bu tanımın 71. madde bakımından da uygulanacağını kabul etmek gerekmektedir. Bkz. Tekinalp (2009); s. 262; **Reisoğlu**, s. 971; **Alıcı**, s. 780

öz kaynak riskleri⁵⁷² ile BDDK müdahalesini gerektirecek diğer risklerin gerçekleşmesi ya da gerçekleşmesinin kaçınılmaz olması, bankanın emin bir şekilde çalışmasının tehlikeye düştüğünü gösterir.

III. FAALİYET İZİNİNİN KALDIRILMASI VE FONA DEVİR BAKIMINDAN TAKDİR YETKİSİ

Bankacılık Kanunu'nun fona devir ve faaliyet izninin kaldırılması hususunda BDDK'ya vermiş olduğu yetkinin kullanılması halinde, yetkinin kullanımına ilişkin kararın bir idari işlem olması sebebiyle hakları ihlal olunanların idari yargıya müracaatla işlemin iptalini talep etmeleri mümkündür⁵⁷³.

BDDK'nın devir veya iznin kaldırılmasına ilişkin kararı takdiri değil, hukuki bir karar olmasına, başka bir deyişle, hangi şartların varlığı halinde BDDK'nın hangi kararı vereceğinin somut olarak belirlenmesi gerekmesine rağmen, yasa faaliyet izninin kaldırılması ve fona devri aynı yasal temele oturtmuştur. Yani Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinde öngörülen sebeplerden hangilerinin izni kaldırma, hangilerinin fona devir sebebi olduğu açıklanmamıştır. Bu durum hukuk güvenliği ilkesini önemli ölçüde ihlal etmekte ve idareye geniş bir takdir yetkisi bırakmaktadır. Öte yandan bu yetkinin hukuka uygun kullanımının denetlenmesini sağlayacak kriterler bulunmamaktadır. Yetkinin kullanımı, çoğu zaman telafisi imkansız zararlara sebebiyet verebilmekte ve hatta buna yargı mercileri aracı kılınabilmektedir⁵⁷⁴. Bu nedenle hangi hallerde fona devir, hangi hallerde

⁵⁷² Alıcı, s. 780

⁵⁷³ Kurul kararları hakkında idari davalar, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür (Bank.K m. 105).

⁵⁷⁴ DİDDK. 21.03.2007 T., 2006/339 E. ve 2007/384 K. sayılı ilamıyla, yargı merciince verilen bazı kararların yerine getirilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, yargı kararının icra edilmemesinde hukuka aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir. Karara göre; "...Dava; Kentbank A.Ş.'nin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilmesine ilişkin 9.7.2001 günlü, 382 sayılı Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu kararı iptal eden Danıştay Onuncu Dairesi'nin 21.6.2004 günlü, E:2004/7935, K:2004/5575 sayılı kararının uygulanması için yapılan başvurunun reddine ilişkin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun...işlemin (in) iptali istemiyle açılmıştır.

(Davayı inceleyen) Danıştay Onüçüncü Dairesinin 29.11.2005 günlü, E:2005/5546, K:2005/5699 sayılı kararıyla; Anayasanın 2. ve 138. maddeleri ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinin incelenmesinden anlaşılacağı üzere, Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinin kararlarının gereğinin idarece geciktirilmeksizin yerine getirilmesinin kaçınılmaz bir zorunluluk olduğu, idari yargıda açılan dava sonucu, mevcut hukuki durumda değişiklik yaratan subjektif bir

faaliyet izninin kaldırılması yetkisinin kullanılabilmesinin açık bir şekilde düzenlenmesi hukuki açıdan zorunludur.

Öğretide yasadaki boşluktan ve her iki müessesenin amacından hareketle BDDK'nın hangi hallerde hangi kararı vereceğine yönelik değerlendirmeler yapılmaktadır. Faaliyet izninin kaldırılması, iflas ya da tasfiye sonucunu doğuracağından devre nazaran daha ağır bir yaptırımdır. Bu bakımdan fona devir hususunda, fonun yönetim ve denetimi altında mali durumunun düzeltilme imkanının bulunup bulunmaması değerlendirme kriteri olarak önerilmektedir⁵⁷⁵. Yine öğretilerde, fonun bankanın mali bünyesinin düzeltilme imkanının bulunup bulunmadığı hususundaki değerlendirmesinin, fona devrin amaçları gözetilmek suretiyle yapılacağı da vurgulanmakta, bu bakımdan fonun bankayı kısmen ya da tamamen devretme, satma ya da birleştirme imkanının bulunup bulunmadığının dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır⁵⁷⁶.

işlemin iptali yolunda karar alındığında, bu kararın uygulanmasını sağlamak yükümlülüğünün işlemi tesis eden idareye ait bulunduğu, iptal kararının yerine getirilmesinin, dava konusu işlemin tesis edildiği anda mevcut olan hukuki durumun davalı idare tarafından yeniden tesisi suretiyle olacağı, ancak davalı idarenin tek taraflı işlemi ile dava konusu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun yaratılmasının hukuken veya fiilen mümkün olmadığı hallerde yargı kararının uygulanmamasının söz konusu olabileceği, olayda, Kentbank'ın 9.7.2001 tarihli Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu kararı ile 4389 sayılı Kanununun 14.maddesi uyarınca temettü hariç, ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilmesinden sonra Fon'ca, Kentbank'ın yönetim ve denetiminin ele alınarak hisse senetlerinin tamamı ile bankanın ödenmiş sermayesine karşılık 50 trilyon TL (50.000.000 YTL) tutarındaki kısmının Fon hesabına kaydedildiği, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunca Kentbank'ın 13.12.2001 tarihinde bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin iptal edilerek, bankanın tasfiyesine karar verilmesinden sonra, Tasfiye Halinde Kentbank A.Ş. Genel Kurulunda, tasfiyenin kaldırılarak bankanın Bayındırbank A.Ş. bünyesinde birleştirildiği ve tasfiyesiz inşisahın gerçekleştiği, Kentbank'ın tüzel kişiliğinin ticaret sicilinden silinerek sona erdiği, bu durumda, Fonun kendisine devredilen, bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılmış olan Kentbank hakkında, Bankalar Kanununun 15.maddesi uyarınca yaptığı, üçüncü kişileri de ilgilendiren hukuki tasarruflar ve bankanın tüzel kişiliğinin sona ermesi nedeniyle, idarece, bankanın Fona devrine ilişkin işlemi iptal eden Danıştay Onuncu Daire kararının gereğinin yerine getirilmesinin olanaksız olduğu, başka bir anlatımla, devir kararının alındığı tarihteki Kentbank'ın hukuki ve malî yapısının davalı idarece tesisi suretiyle davacıya iadesinde hukuki ve maddi (fiili) imkânsızlık bulunduğu ve idarenin idari yargı kararını uygulamadığı sonucuna ulaşıldığından, dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir...Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacıların temyiz isteminin reddine, Danıştay Onüçüncü Dairesinin ... kararının onanmasına...” karar verilmiştir.

⁵⁷⁵ **Alıcı**, s. 777, Tekinalp bu hususta, bankanın sistemden çıkarılmasını gerektiren sebeplerin varlığı halinde, faaliyet izninin kaldırılması gerektiğini; bankadan herhangi bir şekilde yararlanma imkanı bulunuyorsa, fona devir kararı alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Tekinalp (2009); s. 254 vd.

⁵⁷⁶ **Alıcı**, s. 777

Kanaatimizce mali durumun fon yönetim ve denetimi altında düzeltilebilir olması ya da satış ve sair tasarrufları yapma imkanının bulunması, bir değerlendirme kriteri olmaktan uzaktır. Çünkü öncelikle, mali durumun fon yönetiminde düzeltilebilir olması ihtimalinin bulunması, bankanın mali bünyesinin özellikle yöneticilerin değiştirilmesi halinde düzeleceğini ifade etmektedir ki, bu durum banka hakkında zaten 71. maddenin uygulanmasına engel teşkil etmektedir. Herhangi bir sınırlama yapılmaksızın fon yönetiminde mali durumun düzeltilebilir olması kriteri tek başına yeterli değildir. Ancak bankanın mali bünyesinin güçlendirilmesi kaydıyla fon tarafından yönetimi bankanın mali bünyesini düzeltecek ise, o taktirde fona devir mümkündür

Öte yandan yasada belirtilen satış, devir ve birleştirme, fona devrin sebebi değil, sonucudur(Bank.K m. 71). Hüküm, kamu tüzel kişisi olan fonun, sürekli biçimde bankacılık faaliyetleri yapmasını engelleme amacı taşır. Bankanın mevcut sermayesi ya da fon tarafından güçlendirilen sermayesi ve malvarlığı sayesinde, piyasada tekrar faaliyette bulunması ihtimal dahilindedir. Bu nedenle kararın verildiği tarihte, bankanın satış, devir ya da birleştirme imkanının bulunup bulunmadığı zaten belli değildir ve ayırıcı bir kriter olarak kullanılamaz. BDDK uygulamasında da hangi hallerde hangi kararın verilebileceği hakkında bir ayrıma gidilmemekte, yasada öngörülen sebepler, her iki karar için de yeri geldiğinde gerekçe olarak kullanılmaktadır⁵⁷⁷.

Kanaatimizce devir ve izin kaldırılması bakımından, kamunun (fonun-yatırımcıların ve piyasanın) uğrayacağı zarar ile sağlanabilecek yarar arasında maliyet analizi yapılmak suretiyle değerlendirme yapılmalı ve fona devir ile izin kaldırma yetkisinin kullanımı bu esasa göre belirlenmelidir.

⁵⁷⁷ 4389 s. K. dönemi örnek uygulaması hakkında bkz. BDDK'nın 09.07.2001 tarih ve 378-384 sayılı2 kararları. RG. 10.07.2001, Sa. 24458

IV. YÖNETİCİLER TARAFINDAN FAALİYET İZİNİNİN KALDIRILMASI VEYA FONA DEVRE SEBEBİYET VERİLMESİ

Banka yöneticilerinin hukuki sorumluluğu bakımından bir ön şart olarak, bankanın yöneticilerinin kanunun 71. maddesinin uygulanmasına sebebiyet vermiş olmaları aranmaktadır⁵⁷⁸. Bu bakımdan hukuki sorumluluğun doğumu için, yöneticilerin işlem ve kararlarının, bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına ya da fona devrine sebebiyet vermiş olması gerekir (Bank.K m. 110/I).

Madde düzenlemesinden, normun uygulamasının şekli ve maddi bakımdan bazı koşulların bir arada bulunması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Aşağıda bu şartlar incelendikten sonra, normun şahıs itibariyle kapsamı ve uygulanmasına ilişkin sorunlar değerlendirilecektir.

A. Gereklilikleri

1. Maddi Bakımdan

Madde, sorumluluğun ön şartını, hukuki sorumluluğun unsurlarına benzer bir tarzda düzenlemiştir. Bundan hareketle önşart ve sorumluluğun unsurları bakımından ayrı ayrı kusur, hukuka aykırılık ve illiyet bağı unsurlarının değerlendirilmesi gerektiği kanaati uyanmaktadır. Başka bir ifadeyle madde metni, önşartın unsurları olarak kusur, hukuka aykırılık ve illiyet bağının ayrı; sorumluluğun unsuru olarak kusur, hukuka aykırılık, illiyet bağı ve zararın ayrı ayrı değerlendirilmesi kanaatini uyandırmaktadır. Ancak sorumluluğun diğer unsurları ile önşartın unsurları örtüşmekte, sadece illiyet bağı bakımından özellik bulunmaktadır. Bu nedenle kusur ve hukuka aykırılık bakımından önşartın gereklilikleri ile sorumluluğun maddi gereklerinin aynı olduğunun kabulü gerekir.

Önşart bakımından özellik arzeden maddi gereklilik, banka hakkında 71. maddenin uygulanması ve yöneticilerin işlem ve kararlarından bu sonucu doğmasıdır. Başka bir deyişle, önşartın özellik arzeden unsuru, 71.

⁵⁷⁸ Tekinalp (2009); s. 290

maddenin uygulanması bakımından yöneticilerin illi işlem ve kararlarının bulunmasıdır.

Önşarttaki illiyet bakımından, yöneticinin işlem veya kararının tek başına 71. maddenin uygulanmasına sebebiyet vermiş olması gerekli değildir. Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinde fona devir ya da faaliyet izninin kaldırılması için sayılan beş nedenden dördü bakımından⁵⁷⁹ illiyetin tesbitinde oldukça esnek hareket etme imkanını sağlanılmıştır. Bu hallerde yöneticinin işlem ve kararlarının müşterek sebeplerden bir tanesi olduğu tesbit edilebiliyorsa, önşartın gerçekleşmesi bakımından bunu yeterli kabul etmek gerekmektedir⁵⁸⁰. İlliyetin tesbitinde, yöneticinin işlem ve kararlarının mutlaka bankanın zararına sebebiyet vermiş olması şartı aranmaz. Önşart bakımından önemli olan devre sebebiyet veren işlem ve kararların mevcut olmasıdır.

Banka kaynaklarını şahsi menfaatler doğrultusunda kullanılması hali (Bank.K m. 71/I,e) bakımından ise illiyet özellik arzeder. Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesindeki bu hal, diğerlerine göre daha somut bir içeriğe sahiptir ve sözkonusu işlemlerle bankanın zarara uğratılmış olması şarttır. Ancak burada da sebeplerin çokluğuna ilişkin esaslar çerçevesinde, işlem ya da kararın, ortak sebeplerden biri olması yeterlidir.

İlliyet bağına ilişkin ispat yükü davalılara ait olduğundan (Bank.K m. 137), yöneticiler, işlem ya da kararların devre sebebiyet vermediğini ispat etmek zorundadır. Ancak sebeplerin çokluğu esasına göre illiyetin belirlenmesi nedeniyle, ispat yükünün yerine getirilmesi oldukça güçtür.

2. Şekli Bakımdan

Bankacılık Kanununda önşartın varlığını kabul bakımından, yöneticilerin 71. maddenin uygulanmasına sebebiyet verdiğinin tesbitinden bahs olunmaktadır (Bank.K m. 110/I). Bu düzenleme uyarınca, yöneticilerin sorumluluğunun tahakkuku için, öncelikle 71. maddenin uygulanmasına sebebiyet verdiklerine ilişkin bir tesbitin yapılmasının gerekli olduğu sonucu

⁵⁷⁹ Bank.K m. 71/I,a,b,c,d bentlerindeki nedenler.

⁵⁸⁰ Aynı yönde, Akdağ-Güney, s. 60

çıkılmaktadır. Tesbiti yapacak kişi ya da kurum hakkında bir yasada açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bunun TMSF tarafından yapılması gerektiği işin mahiyetinden kaynaklanmaktadır.

Tesbitin şekli, içeriği ve zamanı hakkında da madde hükmünde düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla yöneticilerin, maddede geçen tesbitin, gerekli şekle riayet edilmek suretiyle yapılmadığına ya da tesbitin zaman ve içeriğine yönelik itirazda bulunmaları himaye görmez. Fonun resmi bildirimle, tutanakla ya da sair şekillerde tesbit kararı alması gerekli değildir. Zaman olarak, zamanaşımı süresi haricinde bir sınırlama bulunmamaktadır. Yöneticiler aleyhine dava açılmış olması bile, bu tesbitin yapılmış olduğunu gösterir. Fona böyle bir yükümlülük yüklenilmemekle birlikte, yöneticilerin müracaatı ile 71. maddenin uygulanmasına sebebiyet vermiş olmadıklarına dair fondan belge temin etmiş olsalar bile, sonradan ortaya çıkan sebeplere göre devre sebebiyet vermiş oldukları anlaşılırsa, yine sorumlulukları yoluna gidilebilir.

Tüm bu açıklamalardan çıkan sonuç, her ne kadar madde metninde “tesbit” ibaresi kullanılmış olsa da, kanun koyucunun kavram seçiminde isabetsiz davrandığı, burada şekli bakımdan bir tesbitin sözkonusu olmadığı, madde metninde geçen tesbit tabiri ile, yöneticilerin devre sebebiyet vermiş olduğunun “anlaşılması”nın kastedildiğidir.

B. Şahıs İtibariyle Kapsamı

Şahıs itibariyle hükmün kapsamına banka yöneticileri tabidir. Ancak sadece bankanın fona devri ya da faaliyet izninin kaldırılması tarihinde yönetici olanlar değil, daha önceki tarihte yönetici olanlar da hükmün kapsamına dahildir.

Hükmün kapsamında olan yöneticiler, hakkında alacak talebinin zamanaşımına uğramadığı yöneticilerdir. Zamanaşımı süresinin dolup dolmadığı, talebin haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılık hükümlerinden hangisine dayanıldığı esas alınmak suretiyle belirlenecektir. Bu nedenle fonun davada, alacağı hangi esaslara göre talep ettiğini belirtmesi gerekmektedir.

C. Uygulanma Esasları ve Değerlendirme

Bankacılık Kanununda sorumluluğun önşartı olarak bankanın fona devrine ya da faaliyet izninin kaldırılmasına sebebiyet vermek şeklinde ifade olunan unsur, yukarıda ifade olunduğu gibi illiyet bağının çok geniş tutulması nedeniyle hemen her yönetici bakımından uygulama kabiliyeti bulacak bir içeirktedir.

Madde hükmü esas itibariyle 71. maddede öngörülen ağır sonuçların doğmasına sebebiyet verenleri nitelikli bir yaptırıma tabi tutmayı hedeflemektedir. Ancak sadece bu maddelerin uygulanmasına sebebiyet verenler hakkında uygulama kabiliyeti bulması gereken istisnai norm, illiyet bağındaki yasal sınırlamanın esnekliği nedeniyle hemen tüm yöneticiler bakımından uygulama kabiliyeti bulacak esnekliğe sahiptir. Maddenin hedefine ulaşması bakımından unsurlarının daha somut olarak belirlenmesi, yöneticilerin hangi işlem ve kararlarının 71. maddenin uygulanmasına sebebiyet vereceğinin, Bankacılık Kanunu'nun 71/I,e maddesinde olduğu gibi somut bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir.

Bankanın devri ya da faaliyet izninin kaldırılması, kanunda öngörülen sebeplerin gerçekleşmesinden değil de, bütün mali sistemi tehlike altına alan bir riskten kaynaklanıyorsa (Bank.K m. 72), bu takdirde yöneticilerin özel hukuki sorumluluğuna gidilemez. Böyle bir durumda mücbir sebebe ilişkin hükümlerin uygulama kabiliyeti tahlil edilmelidir. Tedbirlerin alınmasında, sistematik sebep yanında yöneticilerin kusurları da etkili olmuşsa, sorumluluk sözkonusu olacaktır. Ancak zararın artmasında sistemi etkisi altına alan riskler de etkili olduğundan, bu husus tazminatın takdirinde bir değerlendirme unsuru olarak dikkate alınacaktır.

§ 12. SORUMLULUĞUN GERÇEKLEŞME USULÜ

I. FON KURULU KARARI

Banka yönetici ve hakim ortaklarının iflas yoluyla hukuki sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için fon kurulu tarafından karar alınması gerekmektedir (Bank.K m. 110/I). Fon kurulu kararının konusu, ilgililer

hakkında şahsi iflas yoluyla takip yapılıp yapılmayacağına ilişkindir. Yasa hükmü uyarınca, kararda sorumlu kişi ya da kişilerin belirtilmesi gerekli olmakla birlikte, sorumluluk miktarının belirtilmesi şart değildir. Ancak konuyu düzenleyen yönetmelikte fon kurulunun sorumluluk miktarını da kararda belirtmesi zorunluluğuna yer verilmiştir (TMSFTY. m. 40/I). Fonun, kurul kararında belirtilen miktarı aşan ya da dayanağı değiştirecek tarzda iflas talebinde bulunması mümkün değildir. Ancak kurulun konu hakkında tek bir karar vermesi zorunluluğu bulunmadığının, sonradan alacağı kararla sorumluluk miktarını artırabileceğinin ve başkaca dayanaklara yer verebileceğinin kabulü gerekmektedir. Nitekim yasada fon kurulunun sadece bir karar alması zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir.

Fon kurulu üyelerinin yasada öngörülen çoğunlukla ve yine yasada öngörülen usule riayet etmek kaydıyla karar almaları gerekmektedir (Bank.K m. 116/II). Fon kurulu kararı, usul hukuku bakımından dava şartı niteliğindedir. Dava karar üzerine inşa edildiğinden, herhangi bir sebeple fon kurulu kararında geçersizlik olduğunun saptanması halinde, geçersizliğin niteliğine göre dava şartının gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilmelidir. Kararının davanın açılmasından önce alınması gerekmekte olup, dava açıldıktan sonra alınan karar davaya temel teşkil edemez.

Fon kurulu kararı idari işlem niteliği taşıdığından, karara karşı idari yargıya müracaat imkanı bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Kurul kararının uygulanması, fonun iflas talep etmesiyle gerçekleşmektedir. Fon kurulu kararı nihai ve icra edilebilir bir karar olduğundan, idari yargıda iptalini talebin mümkün olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ancak karar aynı zamanda iflas davasının temelini teşkil ettiğinden, adli yargı mahkemesinin, sorumluluğun unsurlarını değerlendirirken, kararın sonuçları hakkında da değerlendirme yapması işin mahiyetinden kaynaklanmaktadır ve özellikle zarar miktarına ilişkin olarak idare mahkemesinin vermiş olduğu karar ile çelişki sözkonusu olabilecektir. Bu durumda adli yargı mahkemesinde, tarafların kesin hüküm bulunduğu ilişkin savunmada bulunması da, bir ihtimal olarak ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce fon kurulu kararı hakkında adli yargı sadece şekli açıdan

inceleme yapmakla yetkili olup, şekli anlamda geçerli kurul kararının bulunduğu durumlarda, artık iflas bakımından sorumluluğun maddi koşullarının bulunup bulunmadığı yönünde inceleme yapılması gerekmektedir. İflas davasının açılması ile birlikte artık yargılama İcra ve İflas Kanunu hükümleri çerçevesinde yürütüleceğinden (TMSFTY. m. 35), sorumluluğun koşulları ve özellikle zarar ve tazmin edilecek miktar hakkında değerlendirme yapma yetkisi, adli mahkemelere aittir.

II. İFLAS TALEBİ VE SÜRECİ

A. İflas Yoluyla Takibin Mahiyeti

Banka yöneticileri hakkında iflas yoluyla takip yapılması, 1936 yılından bu yana bankacılık mevzuatımızca benimsenmiş bir yöntemdir. İflas kural olarak tacirlere özgü bir takip yoludur. Bu takip yoluyla iktisadi faaliyetlerinin dengesi bozulan, ödeme güçlüğü içinde olan ya da acz içinde bulunan ticaret erbabının, ekonomideki diğer birimlere verebileceği zarar tehlikesinin bertarafı hedeflenmektedir. Başka bir deyişle, tacirin iktisadi faaliyetlerinde meydana gelen bozulmanın, iktisadi hayatın diğer sujelerine verebileceği zararın ortadan kaldırılması ve tacirin iktisadi kaynaklarının bir bütün olarak tasfiyesi sözkonusudur. İflas yoluyla tasfiyenin bir diğer önemi, alacaklılar bakımından dengeli bir hak dağılımının yapılmasında ve ilgililerin mümkün olan en az zararlarla bu olumsuz durumdan etkilenmesini önlemede kendisini göstermektedir. Banka yöneticilerinin iflası ise, iflas yoluyla sağlanabilecek bu menfaatlerden hiçbirine hizmet etmez.

İflas yoluyla sorumluluğa ilişkin maddenin hukukumuzda dahil olduğu 1936 yılında, bankaların sadece anonim şirket şeklinde kurulma zorunluluğunun bulunmaması, belki yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile şahıs şirketleri idarecilerinin sorumluluğu arasında dengenin sağlanması gayesi ile açıklanabilir. Ancak yönetim kurulu haricindeki yöneticilerin de aynı yolla sorumluluğa tabi kılınması, özel sorumluluk usulünün bu sebeple açıklanmasını engellemektedir.

İflas yoluyla takibin mahiyetini açıklamak için öğretilerde iflasın, banka yöneticileri için öngörülmüş bir ceza olduğu görüşü savunulmaktadır⁵⁸¹. Sorumluluğun öngörüldüğü ilk kanunu olan 2999 sayılı kanunun cezai hükümler başlığı altında kalan 62. Maddesinde iflas yoluyla takibin düzenlenmiş olması bu yoruma haklılık verse de, iflasın teknik manada cezai bir yaptırım olmaması nedeniyle görüşe katılmak mümkün değildir.

Sorumluluk normunun ortaya çıkışının, tarihi gelişim süreci içerisinde dünya ekonomik krizinin yaşandığı 1930'lu yıllara tesadüf etmesi⁵⁸², kanun koyucunun yöneticiler üzerinde oluşturmak istediği psikolojik baskı suretiyle, onları daha özenli davranmaya sevk etme gayesi ile açıklanabilir. Zira iflas, borçlu bakımından ağır bir yaptırımdır. Ancak iflas yoluyla takip, sorumluluk kriterlerinin ağırlaşmasını değil, sadece takip yolunun değişmesini ifade etmektedir. Başka bir deyişle iflasın ağır bir yaptırım olması, doğurduğu sonuçlar bakımındandır. Bu nedenle hukukumuzda banka yöneticilerinin iflas yoluyla takibi, onları şartları ağırlaştırılmış bir sorumluluğa tabi tutmayı değil, sadece doğurduğu sonuç bakımından yöneticileri psikolojik baskı altına almayı hedeflemektedir. Bu nedenle psikolojik motifli bir yaptırım olarak değerlendirmek gerekmektedir.

B. İflas Türü

İcra ve İflas Kanunu iflasa tabi olan şahıslar hakkında hangi esasların uygulanacağı hakkında iflas türlerine göre düzenlemelere yer vermiştir (İİK.m.155 vd.). 4389 sayılı yasada, yöneticiler ve hakim ortaklar hakkında hangi iflas türünün uygulanacağı hakkında açık bir düzenleme bulunmadığından, öğretilerde takipli iflasın uygulanacağı görüşü savunulmuştur⁵⁸³. Yürürlükteki Bankacılık Kanunu, bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırarak, banka yöneticisi ve hakim ortaklarının sorumlulukları

⁵⁸¹ **Kuru**, Baki, İcra ve İflas Hukuku, C. II, İflas ve Konkordato Hukuku, Ankara, 1971, s. 42 vd.

⁵⁸² Nitekim İsviçre'de de I. Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan krizin etkisiyle pek çok bankanın iflasına çözüm olarak, banka yöneticilerinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin sertleştirilmesine yönelik yasal düzenleme teklifleri gündeme getirmiştir. Bkz. **Bänziger**, Hugo, Vom Sparerschutz zum Gläubigerschutz - die Entstehung des Bankengesetzes im Jahre 1934, in 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Hrsg. von Eidgenössischen Bankenkommission, Zürich, 1985, s. 28

⁵⁸³ **Reisoğlu** (2002), s. 958 vd.

hakkında takip yöntemi olarak, doğrudan iflas yolunun uygulanacağını öngörmüştür.

Doğrudan iflas, İcra ve İflas Kanununda “doğrudan doğruya iflas” olarak isimlendirilmekte olup, daha önceden bir takibe gerek kalmaksızın, alacaklının ya da borçlunun mahkemeden iflasını talep etmesi esasına dayanır (İİK.m. 177,178). Doğrudan doğruya iflas hükümleri, alacaklının önce takip yapmasının, alacağı tehlikeye düşürdüğü veya takibe rağmen borcun ödenmeyeceğinin kuvvetle muhtemel olduğu hallerde, doğrudan mahkemeye müracaatla iflas kararı alınmasını sağlamaktadır⁵⁸⁴.

İcra ve İflas Kanunu, alacaklının talebiyle doğrudan iflasın hangi hallerde istenilebileceğini, sayma yoluyla belirtmiştir (İİK.m. 177/I). Bu sebepler gerçekleşmeksizin, doğrudan doğruya iflas yoluna müracaat mümkün değildir. Bankacılık Kanununda ise iflasın hangi sebebe dayalı olacağı belirtilmeksizin doğrudan iflas talep edilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu bakımdan, borçluların İcra ve İflas Kanununda belirtilen sebeplerden birinin gerçekleşmediğine yönelik savunmada bulunma imkânı yoktur.

C. Fonun İflas Talebi

Fon kurulunun karar alması sonrasında, fon tarafından kurul kararında belirtilenlerin iflası talep edilecektir (Bank.K m. 110/I). Kurul kararından itibaren hangi süre içerisinde iflasın talep edilebileceği yasa düzenlenmediğinden, zamanaşımı süresinin dolmasına kadar bu yetkinin kullanılabilmesini kabul etmek gereklidir. İflası talep yetkisi münhasıran fona verildiğinden, başkaca bir kimsenin ya da borçlunun (İİK.m. 178) iflas talebinde bulunması mümkün değildir.

Fonun, kurul kararının uygulanması bakımından takdir yetkisi kullanması sözkonusu değildir. Ancak iflas talebi bakımından, sorumluluk şartlarının bulunmadığına ilişkin tereddütlerin mevcudiyeti halinde, fon kurulunun kararını yeniden incelemesi ve gerekliyse geri alması talep edilebilecektir. Hakkında karar alınan şahsın yönetici sıfatının bulunmaması gibi açık hukuka aykırılıkların varlığı halinde, fon kurulu kararına rağmen,

⁵⁸⁴ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2009, s. 488

fonun bu kararı uygulamaktan kaçınma yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Fonun takdir yetkisi, takip yolunu ve türünü belirleme bakımından da bulunmamaktadır. Davalılar hakkında haciz yoluyla takibe girişilemeyeceği gibi, bunların tacir sıfatının bulunduğu hallerde, takipli iflas yoluna gidilmesi de mümkün değildir. Ancak bu durum sadece fon kurulu kararının mevcut olduğu haller bakımından sözkonusudur. Eğer fon kurulu tarafından ilgililer hakkında Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesinde öngörülen sorumluluğun gerçekleşmesi yönünde bir karar alınmamışsa ya da alınan kararda belirtilen miktarı aşan zarar varsa, bu kişilerin ya da aşan zararın doğrudan iflas yolu ile takibi için fon kurulunun yeni bir karar alması gereklidir (Bank.K m. 110/I). Böyle bir kararın alınmadığı hallerde, fonun Bankacılık Kanunu'nun diğer hükümleri ve genel hükümler çerçevesinde alacakları dava ve takibe yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu netice, bankanın faaliyet izninin kaldırılması ya da fona devrinin hukuki sonuçlarından kaynaklanmaktadır. Ancak bu halde muhatapların savunma haklarını kullanabilmeleri bakımından, fonun hangi sıfatla alacağı talep ettiğini, dava veya icra takibinde belirtmesi gereklidir. İlgililerin tacir sıfatının bulunduğu durumlarda, genel hükümler çerçevesinde iflas yoluyla takip yapılması da mümkündür.

III. DAVAYA İLİŞKİN ESASLAR

A. Usuli Esaslar

1. Görev Yetki ve Yargılama Usulü

Yönetici ve hakim ortaklar hakkında iflas davasına bakacak yetkili ve görevli mahkeme, kanunda özel olarak tayin edilmiş değildir. Ancak Bankacılık Kanunu'nun 142/I. maddesi, "*Fon...tarafından açılacak hukuk davalarına asliye ticaret mahkemesi tarafından bakılır.*" hükmünü içermektedir⁵⁸⁵.

⁵⁸⁵ 19 HD. 2005/2742-4850 sayı ve 29.04.2005 tarihli kararında "...Bu hüküm gereğince, bankalar tarafından sadece Bankalar Kanunu ile ilgili değil, açılacak tüm hukuk davaları "Sulh Hukuk ve

Madede geçen hukuk davalarının, adli yargı içerisinde hukuk mahkemelerinin görevi içerisinde kalan davalar olarak anlaşılması gerekir. İflas davaları, hukuk mahkemelerinde görülmesi gereken davalardan olduğundan (İİK.m.154/III), hakim ortak ve yöneticiler aleyhine fon tarafından açılan iflas davası bakımından görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir (Bank.K m. 142/I).

Madde görevli mahkemeyi belirlerken, birden fazla asliye ticaret mahkemesi bulunması halinde bunlardan sadece 1 ve 2 numaralı asliye ticaret mahkemelerinin bu davaya bakmakla görevli olduğu hükme bağlanmıştır (Bank.K m. 142/I,2). Yasal düzenleme emredici karakter taşımakta ve kamu düzeniyle ilgili bulunmaktadır⁵⁸⁶. Mahkemelerin görevine ilişkin genel yaklaşımdan farklı olan bu düzenleme nedeniyle, kanunda belirtilen mahkemeler dışındaki asliye ticaret mahkemelerinde açılan davalar hakkında mahkemelerin görevsizlik kararı vermesi gerekmektedir⁵⁸⁷. Asliye ticaret mahkemelerinde açılan iflas davaları bakımından mahkemeler arasındaki ilişki işbölümü ilişkisi değil, görev ilişkisi olduğundan, mahkemeler resen görevsizlik kararı vermek zorundadır. Davada, müddeabihin değerinin

Asliye Hukuk Mahkemelerinin görev alanına girenler dahil” Asliye Ticaret Mahkemelerinde görülece”ği ifade edilmektedir. 20 HD. 2005/14056 -14901 sayılı ve 06.12.2005 tarihli ilamına göre “5411 Sayılı Bankacılık Yasa’sı ile “4672” sayılı Yasa ile eklenen “bankalar” sözcüğü yasa metninde çıkarıldığına göre, yasa koyucu ihtisaslaşma sağlanarak hükümlerde doğruluk ve yargılamaya hız kazandırmak istemiş olduğu anlaşılmalı, sadece “Fon, Fon bankaları ve faaliyet izni kaldırılan bankaların iflas ve tasfiye idareleri tarafından açılacak hukuk davalarına birden çok asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde 1 ve 2. Asliye Ticaret Mahkemelerinin” bakacağı sonucuna ulaşılır. Somut olayda; uyuşmazlığın Bankacılık Yasa’sından kaynaklanmayıp Borçlar Yasasının 162. maddesine dayalı alacak istemine ilişkin olduğundan, 5411 Sayılı Bankacılık Yasasındaki düzenleme görev ve kamu düzeniyle ilgili olduğu gözetilerek, Fon, Fon Bankaları ve faaliyet izni kaldırılan bankaların iflas ve tasfiye idareleri tarafından açılmayan bu dava, davanın ilk açıldığı Asliye Ticaret Mahkemesince görülmelidir.”

⁵⁸⁶ Bkz. 20 HD. 2005/14056 -14901 sayılı ve 06.12.2005 tarihli ilamı “...5411 Sayılı Bankacılık Yasasındaki düzenleme görev ve kamu düzeniyle ilgili olduğu gözetilerek...”. 4389 sayılı kanunun mukabil maddesi olan 14/d maddesi hakkında bkz. 19 HD. 2005/3847-4930 sayılı ve 02.05.2005 tarihli ilamı “...bu görev kanundan doğma olup kamu düzenine ilişkin olduğundan...”

⁵⁸⁷ 4389 sayılı kanunun ilgili hükmü nedeniyle verilen kararlar hakkında Bkz. 19 HD. 2004/9927 E., 2005/4854 K. sayılı ve 29.04.2005 tarihli ilamı. Yine aynı dairenin 2005/1004-2143 ve 02.03.2005 tarihli ilamına göre “bu devir kararı teknik anlamda yetkisizlik kararı değil, yasadan kaynaklanan aktarma (devir) kararıdır. Bu nedenle davada HUMK.nun 193. maddesindeki 10 günlük sürenin uygulanması olanağı da yoktur. Mahkemece davaya kaldığı yerden devam edilerek deliller tartışılıp değerlendirildikten sonra varılacak uygun sonuç dairesinde bir hüküm kurulması gerekirken yasadan kaynaklanan aktarma kararının nitelendirilmesinde yanılgiya düşülerek davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi doğru görülmemiştir”.

görevi belirlemede etkisi ve önemi yoktur. Dava mutlak surette asliye ticaret mahkemesinde görülür.

Bankacılık Kanunu'nun 142. maddesi iflas davalarında yetkili mahkemeyi de düzenlemektedir. Buna göre iflas davaları İstanbul Asliye Ticaret Mahkemelerinde görülecektir (Bank.K m. 142/II). İkametgahın, yargılanan şahsın ve yetkiyi belirleyen diğer düzenlemelerin, maddede belirtilen yetki kuralına etkisi yoktur. Bu düzenleme aynı yöneticinin farklı yerlerde görev yapması ve zararın bu farklı görevlerden kaynaklanması ya da farklı yerlerde görev yapan birden fazla şahsın aynı zarara sebebiyet vermesi nedeniyle iflaslarının talep edildiği hallerde doğabilecek tereddütleri de giderecek mahiyettedir.

Yetkiye ilişkin bu düzenleme de kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle yetkisizlik itirazı, iptidai itiraz süresi (HUMK.m.189/I) ile bağlı olmaksızın davanın her safhasında ileri sürülebileceği gibi, mahkemece resen nazara alınmak zorundadır (HUMK.m.23).

Öte yandan iflas davası açılan mahkeme, hakkında iflası istenen borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine borçlu aleyhine iflas davası açıldığını bildirmekle yükümlüdür (Bank.K m. 142/II,2). Banka yöneticisi tacir olmadığından muamele merkezinin bulunması beklenilemez. Bu nedenle Bankacılık Kanunu'nun 142/II. maddesinde, borçlunun muamele merkezi mahkemesine davanın açıldığını bildirilmesine ilişkin hükmün, hangi mahkemeyi kastettiğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Diğer faaliyetleri sebebiyle, tacir sıfatı bulunanlar bakımından herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Tacir sıfatı bulunmayanlar bakımından ise, ilgiliye herhangi bir ticari faaliyette bulunup bulunmadığı, faaliyette bulunuyorsa bunları idare ettiği merkezin neresi olduğu sorulmalı, böyle bir faaliyet yürütmüyorsa ikametgahları mahkemesine bildirilmesi yeterli sayılmalıdır⁵⁸⁸.

⁵⁸⁸ Aynı yönde Bkz. **Alıcı**, s. 1184

İflas davasına yöneticinin diğer alacaklılarının müracaat ederek fonun iflas talebinin reddini mahkemeden istemeleri mümkün değildir (Bank.K m. 106/III).

İflas davası, HUMK'un seri muhakeme usulüne ilişkin hükümleri (HUMK.m.501-506) çerçevesinde yürütülecek ve altı ay içerisinde karara bağlanılacaktır⁵⁸⁹ (Bank.K m. 110/IV, 106/IV). Kanunda iflas davasının hızlı sonuca bağlanması amacıyla kararın kısa bir süre içerisinde verilmesi öngörülmekle birlikte, yasal düzenlemede öngörülen süreye riayet edilmesi, fiili sebeplerden ötürü mümkün olmayabilecektir. Bu durum taraflara savunma hususunda yararlanabilecekleri bir imkan sağlamaz. Sürenin, düzen süresi olarak nitelendirilmesi gerekir.

Davada fon, kurul kararında belirtilen miktar ve gösterilen sebeplerle sınırlı olarak talepte bulunabilir. Talep miktarının aşılması ya da sebeplerin genişletilmesi, dava şartı olan fon kurul kararının yokluğu nedeniyle, aşan ya da genişleyen talebin reddini gerektirir.

Mahkemece davacının sorumlu olmadığı tesbiti halinde dava reddedilecektir. Sorumluluğun mevcudiyeti sabit olursa, dava tesbit edilen miktar çerçevesinde kabul edilerek iflas kararı verilecektir. Ancak iflas kararından önce, depo kararının verilip verilmeyeceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Doğrudan iflasta uygulanacak hükümleri düzenleyen İİK.m. 181'de borçlu hakkında depo kararının verilmesini öngören İİK.m. 158'e atıf yapılmamaktadır. Bu nedenle davalı ya da davalılar hakkında depo kararının verilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak öğretilerde mahkemenin depo kararı vermesi gerektiği görüşü de savunulmaktadır⁵⁹⁰. Kanaatimizce banka yönetici ve hakim ortakları hakkında öngörülen usul, istisnai bir nitelik taşımaktadır. Davalının ne kadar miktar borçlu olduğunu bildiği ya da bilebileceği bir borcu bulunmamakta ve bu miktar ancak yargılama neticesinde anlaşılabilir. İcra ve İflas Kanunu'nun doğrudan iflasa ilişkin hükümleri, esas itibarıyla borçlunun kasti ve hileli davranışları

⁵⁸⁹ Bankacılık Kanunu'nun 110/IV maddesinde, hakkında iflas istenilen kişiler hakkında Bankacılık Kanunu'nun 106 ve 109. maddelerinin uygulanacağı hükmü yer almakla birlikte, bu atfı, "mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanır" şeklinde anlamak gerekir.

⁵⁹⁰ **Tekinalp**, (Fondaki Banka, 2003), s. 74

üzerine kurulmuştur ve borcun ödenmeyeceği kuvvetle muhtemeldir (Bkz. İİK.m. 177). Bu nedenle, bu hallerde borçlunun borcunu ödemeyeceğine ilişkin çok kuvvetli emareler vardır. Ancak Bankacılık Kanunu'nun öngördüğü ihtimalde borçlunun hilesi ya da kastına gerek bulunmayıp, ihmali ve hatta hafif ihmali yeterli görülmektedir. Bu nedenle Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesine dayalı iflas davalarında mahkemece depo kararı verilmesini sağlayacak yasal bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Öğretide savunulan bu görüşü, olması gereken hukuk adına kuvvetli gerekçeleri bulunan bir öneri olarak değerlendirmek gerekir.

2. Koruma Tedbirleri

Fonun yöneticiler aleyhine dava açması ve bu davayı kazanması, alacağın mutlak surette tahsil edileceği anlamını taşımamaktadır. Alacağın tahsilini temin edecek bazı tedbirlerin alınması süreç için gerekli olabilecektir. Bankacılık Kanunu bu ihtimali gözetmek suretiyle, hakkında iflas talep edilen kimselere ve bunların belli derece yakınlarına ilişkin olarak koruma tedbirlerine yer vermiştir (Bank.K m. 109/II,III,IV).

Tedbirlerin uygulanması ya da uygulanmasının talep edilmesi, kural olarak, fonun takdirindedir. Önlemlerin alınması için iflas davasının açılmasını beklemeye gerek bulunmamaktadır. Ancak, iflasın talep edilmesiyle birlikte fonun bu konudaki takdiri ortadan kalkar ve tedbirlerin alınması hususunda bir zorunluluk doğar (Bank.K m. 110/IV).

Fonun alacağın tahsili bakımından kullanabileceği ilk tedbir mal beyanı istemektir. Mal beyanı sadece hakkında iflas istenilen kimseden değil, bunun kanunda öngörülen derecede yakınlarından da talep edilmelidir. Beyan, gelirler ve yaşayış tarzına göre geçim kaynaklarını da kapsayacağından, fon bu kişilerin gelirlerine göre ne miktarda malvarlığına sahip olduğunu ve olabileceğini karşılaştırma imkanına sahip olacaktır. Beyanının konusunu taşınır ve taşınmazlar, haklar ve geçim kaynakları oluşturur. Ancak taşınır, taşınmaz ve haklardan sadece mevcut olanlar değil, bildirim tarihinden önceki iki yıl içinde ivazlı ya da ivazsız iktisap ve devre konu olanlar da beyana konu teşkil etmektedir (Bank.K m. 109/II). Yasal düzenlemeden, mal

beyanının özellikle tasarrufların iptali bakımından önem taşıdığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle bildirim tarihinden önceki iki yıl yerine, tasarrufun iptali davaları ile uyum sağlayacak sürenin benimsenmesi isabetli olacaktır.

Mal beyanının talep tarihinden itibaren 7 gün içerisinde fona verilmesi gereklidir (Bank.K m.109/II). Ancak fon tarafından talebin hangi süre içerisinde yöneltileceği açık değildir. Bankacılık Kanunu'nun 110/IV. maddesi, iflası istenenler hakkında bu tedbirin uygulanmasını amir olduğundan, iflas talebiyle birlikte fon tarafından mal beyanlarının da istenilmesi gerekmektedir.

Mal beyanının verilmemesinin hüküm ve sonuçları bakımından, İcra ve İflas Kanunu'nun ilgili hükümleri geçerli olacağı, Bankacılık Kanunu'nda öngörülmüştür (Bank.K m.109/IV). Öğretide Bankacılık Kanunu'nun öngördüğü bu düzenlemenin, mal beyanında bulunmak zorunda olan borçluya ilişkin düzenlemeler olduğu kabul olunmakta ve buna göre değerlendirme yapılmaktadır⁵⁹¹. Bu kapsamda özellikle mal beyanı verilmemesine bağlı tazyik yaptırımlarının uygulanması gerekmektedir (İİK.m. 76, 337,338 vd.). Ancak Bankacılık Kanunu, İcra ve İflas Kanunu'nun hangi mal beyanına bağladığı hüküm ve sonuçların tatbik edileceği hususunda bir açıklamaya yer vermemiştir. Bu bakımdan İcra ve İflas Kanunu'nun ticareti terk edenlerin vermesi gereken mal beyanına bağladığı sonuçların da uygulanması gerektiği ve bu kapsamda özellikle mal beyanında bulunanların, belirli bir süreyle malvarlığı üzerinde tasarrufunun sınırlandığı sonucuna ulaşılabilecektir (İİK.m.44/III). Kanun lafzı, böyle bir yoruma müsaade edecek tarzdadır.

Fonun yönetici ve hakim ortaklar hakkında, ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararları verilmesini talep etmeye de yetkilidir. Her iki tedbir bakımından da, teminat şartı uygulanmayacaktır (Bank.K m. 109/III). İhtiyati haciz talep yetkisinin, Bankacılık Kanunu'nun 110/III. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Her ne kadar kanunda mahkemenin, İcra ve İflas Kanunu'nun ihtiyati hacze ilişkin hükümlerini uygulayacağından

⁵⁹¹ Alıcı, s. 1046 vd.; Reisoğlu, s. 1356 vd.

bahsolunmuşsa da, mahkemenin bunu resen uygulaması sözkonusu olmayacak, fon tarafından bu hususta talepte bulunulması gerekecektir (TMSFTY. m. 40/III). Ancak kanaatimizce Bankacılık Kanunu'ndaki bu düzenleme nedeniyle, İcra ve İflas Kanunu'nda tanzim edilen ihtiyati haczin gerçekleşme koşullarının ve teminatın aranmaması gerekmektedir. Çünkü bu hüküm bulunmasa da fonun İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre ihtiyati haciz talep etmesi mümkündür. Dolayısıyla, kanunun bu düzenlemesine özel bir anlam vermek gerekmektedir. Bu anlam da ihtiyati haciz koşullarının ve teminatın aranmamasına yöneliktir⁵⁹².

İhtiyati haciz ve ihtiyati tedbir talebi hususunda Bankacılık Kanunu'nun öngördüğü esaslı farklılık, dava açma ve takip süresine ilişkindir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İcra ve İflas Kanunu'nda tedbir ve haciz sonrasında oldukça sınırlı bir süre içerisinde dava açma ve takip yapma zorunluluğuna yer verilmiştir (HUMK.m. 109; İİK.m. 264/I). Bankacılık Kanunu fon bakımından yetersiz olan bu süreyi, tedbir ya da karar tarihinden itibaren 6 aya çıkartmıştır⁵⁹³ (Bank.K m. 109/III). Ancak ilgili hakkında iflasın talep edilmesiyle birlikte bu tedbirlerin uygulandığı hallerde, halihazırda devam eden bir davada tedbirler uygulandığından, sözkonusu süreler uygulama imkanı bulamayacaktır.

Alacaklıdan tahsil kabiliyetinin sağlanması ve özellikle bir gecikmeye mahal verilmemesi, cezai ve idari yaptırımlardan netice alınmasını sağlamak bakımından, bir diğer tedbir olarak ilgililerin yurt dışına çıkışının yasaklanması da istenilebilir (Bank.K m.109/III).

Bankacılık Kanunu, fonun bu sayılanlar dışında da tedbirleri almaya yetkili olduğunu hüküm altına almıştır (Bank.K m. 109/III,1). Sözkonusu tedbirlerin neler olduğunun sayma yolu ile belirtilmesi mümkün değildir. Bunlar somut olayın şartlarına göre belirlenecektir. Ancak bu konudaki temel kural, fonun alınacak tedbir bakımından ilgili yasada öngörülen koşul ve kayıtlarla bağlı olduğudur. Başka bir deyişle fona tedbir alma yetkisinin genel

⁵⁹² *Reisoğlu ve Alıcı* bu düzenleme nedeniyle, sadece muaccel alacakların değil, müccel alacakların da talep edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 1379; **Alıcı**, s. 11060

⁵⁹³ **Alıcı**, s. 1048

olarak verilmiş olması, ilgili yasal düzenlemelerdeki şartların dışına çıkma yetkisi ile donatıldığı şeklinde yorumlanamaz. Yasal düzenleme, sadece doğabilecek yetki tartışmasını ortadan kaldırır.

B. Maddi Esaslar

İflas davasında mahkemece, öncelikle banka yönetici ve hakim ortaklarının sıfatları incelenir. Davalıların bu sıfatları bulunmuyor ise, başkaca bir hususun araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Sıfatın, husumete yönelik bir savunma olarak ileri sürülmesine gerek bulunmamaktadır. Çünkü kanun, yönetici ve hakim ortakların iflasına olanak vermektedir. Kanunun iflasının istenmesine izin verdiği sıfatı taşımayan kimseler hakkında iflas kararı verilmesi mümkün değildir. Bu husus mahkemece resen gözetilmelidir⁵⁹⁴ ve eksikliği halinde başkaca bir araştırmaya gerek bulunmamaktadır.

Davanın, iflasın talep edilebileceği bir alacak olup olmadığı da bu davada incelenmesi gereken hususlar arasındadır. Davalıların sadece bankaya vermiş oldukları zararlar iflas davasının konusunu teşkil ettiğinden, fonun kendi ödemeleri ya da zararları, bu davaya konu edilemez.

Mahkemece davada, yöneticilerin banka hakkında Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinin uygulanmasına sebebiyet verip vermediği araştırılır⁵⁹⁵. İflas davası fon kurulu kararına dayalı olarak açılmaktadır (Bank.K m. 110/I). Bu kararla ilgililerin, bankanın fona devrine veya faaliyet izninin kaldırılmasına sebebiyet verdikleri kabul edilmektedir ve idari bir işlem olması nedeniyle idari yargının denetimine tabidir. Ancak ister daha önce bu işlem hakkında fona devir ya da faaliyet izninin kaldırılmasına sebebiyet verilmediği gerekçesiyle iptal davası açılmış olsun, isterse böyle bir dava açılmasın, iflası karara bağlayacak olan mahkemenin, önşart olarak nitelenen bu hususu incelemesi ve idari yargıdaki davayı bekletici mesele olarak değerlendirmesi gerekmektedir⁵⁹⁶. İdare mahkemesince iptal kararı verilmesi

⁵⁹⁴ Aynı yönde Bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 460

⁵⁹⁵ **Reisoğlu**, s. 1375

⁵⁹⁶ Aynı yönde Bkz. Y. 11. HD. 26.10.2000 T., 2000/7041 E., 2000/8772 K. sayılı ilam (**Reisoğlu**, S. 1344). Yargıtay bir aracı kuruluşun iflasının talep edildiği iflas davasında, iflas davasının açıldığı

halinde, önşart ortadan kalkacağından başkaca bir hususun araştırılmasına gerek kalmayacaktır.

Mahkemece sorumluluğun unsurların bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Bu araştırmada ispat külfetine ilişkin Bankacılık Kanunu'nun 137. maddesinde yer alan yasal düzenleme özel bir öneme sahiptir. Anılan madde sorumluluğun haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılık esasına dayandırılması arasında bir ayırım yapmaksızın, ispat yükünü davalıya yüklemektedir. Daha önce de belirtildiği üzere Bankacılık Kanunu'nda ispata ilişkin yer alan düzenlemenin anayasaya aykırılığı iddiası, ciddi bir iddia olarak değerlendirilmelidir⁵⁹⁷.

IV. Tasfiye Süreci

Yönetici ya da hakim ortaklar hakkında iflas kararı verildikten sonra, tasfiye süreci başlayacaktır. Tasfiyeyi gerçekleştirmek, fonun görevidir (Bank.K m. 110/II; TMSFTY.m.40/IV). Ancak düzenlemeden fonun bu süreçte hangi görev ve yetkilere sahip olduğu açık olarak anlaşılmamaktadır. Bu nedenle fonun yetkisinin, Bankacılık Kanunu'nun 106. maddesinde yer alan esaslar kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

İlgili düzenlemeye göre fon, iflas yoluyla tasfiyede kural olarak iflas dairesi, iflas idaresi ve alacaklılar toplantısının görev ve yetkilerine sahiptir (Bank.K m. 106/V). Dolayısıyla mahkemelere ait olanlar haricinde iflas organlarına ait olan görev ve yetkiler fona aittir. Kural bu olmakla birlikte, kanun koyucu bu yetkilerden bir kısmının fon tarafından kullanılmamasını öngörmüştür (Bank.K m. 106/V). Fonun bu yetkileri kullanamaması, sözkonusu düzenlemelerin takipte uygulanmayacağı anlamını taşımamakta, sadece bu yetkilerin ilgili iflas organları aracılığıyla yerine getirileceğini ifade etmektedir.

mahkemenin, iflasın koşulları kapsamında idari yargı denetimine tabi olabilecek hususları denetleyebileceğine ilişkin görüşü kabul etmiştir. “...İflas davasını inceleyen mahkeme, iflas koşullarının oluşup oluşmadığını saptayacaktır. Diğer bir anlatımla, SPK'nun aldığı kararlar ve iflas istemi, iflas davasına bakan mahkemenin denetimine tabidir....”19. HD. 28.11.1995T., 1995/9109 E., 1995/10636 K.

⁵⁹⁷ § 8, III başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

V. BÖLÜM

SORUMLULUKTA ÖZEL HALLER, SORUMLULUĞUN SONA ERMESİ

VE SİGORTA HİMAYESİ

§ 13. BANKA KAYNAKLARININ İSTİSMARINDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK

Banka kaynaklarının istismar edilmesi hali bakımından kanun koyucu yönetici ve hakim ortakların iflas yoluyla takibi yanında, özel bir sorumluluk hükmüne daha yer vermiştir. Bankacılık Kanunu'nun 108/l maddesine göre, *"71 inci maddenin birinci fıkrasının (e) bendi hükümlerine göre faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankaların hakim ortakları ve yöneticileri, bu Kanunun şahsi sorumluluğa ilişkin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kullandıkları kaynakları ve bu suretle uğranılan zararları Fon tarafından verilecek süre içerisinde iade ve tazmin etmekle mükelleftir"*. Düzenleme aynı ihtimal bakımından 110. madde yanında ikinci bir sorumluluk hükmüne yer verildiği kanaatini uyandırır da, özellikle hükümlerin kapsamı ve sorumluluk esasları bakımından iki hüküm arasında kısmen farklılıklar bulunmaktadır.

Maddede öngörülen sorumluluk halinin gerçekleşmesi bakımından önşart, banka hakkında, kanunun 71/l,e maddesi uyarınca BDDK tarafından fona devir ya da faaliyet izninin kaldırılması kararı verilmesidir⁵⁹⁸. Bu nedenle BDDK'nın, 71. maddenin birinci fıkrasının (e) bendi dışındaki sebeplere dayalı olarak fona devir ya da faaliyet izninin kaldırılmasına karar vermesi halinde, 108. maddede öngörülen sorumluluk esaslarının uygulanması sözkonusu olmaz (Bank.K m. 108/l).

108. maddede banka kaynaklarının istismarına dayalı olarak tazmin yükümlülüğü yanında iade yükümlülüğüne de yer verilmektedir. Herhangi bir zarar doğmuş olmasa da banka kaynağının yönetici ya da hakim ortaklar tarafından kullanılması ya da kullandırılması halinde bunların iadesi gerekir.

⁵⁹⁸ Bankacılık Kanunu'nun 71/l,e maddesinde öngörülen tedbir sebebi bakımından § 11, II, E başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

Kullanımın hukuka aykırı olup olmaması, iade yükümü bakımından önem taşımamaktadır⁵⁹⁹. Çünkü kullanılan miktar, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürmüş ya da dolanlı olarak kullanılmıştır (Bank.K m. 71/I,e). İade kavramına yasal bir tabir olarak yer verilmesi, bankanın kullanılan kaynak üzerinde mülkiyet hakkının devam ettiği varsayımına dayalıdır. Ancak çoğu durumda kullanılan kaynak para olacağından, aynen iadesi mümkün olmayacaktır.

Kaynak kullanımı nedeniyle bankanın uğramış olduğu zararlar mevcutsa, iadenin yanı sıra, bundan dolayı uğranılan zararın tazmini yönetici ve hakim ortaklardan talep edilebilecektir⁶⁰⁰. Bankacılık Kanunu'nun 108/I. maddesinde düzenlenen bu sorumluluk hükmünde, Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesindeki sorumluluk halinden farklı olarak bir işlem ya da kararın varlığı aranmadığından, işlem ya da karara dayalı zararlar yanında, eyleme dayalı zararların da tazmini talep edilebilecektir. Bu açıdan sorumluluk, 110. maddede öngörülenden daha kapsamlıdır.

Kaynak istismarına dayalı olan hukuki sorumlulukta, verilen zarar miktarıyla sorumluluk öngörülmediğinden, birden fazla kimsenin aynı zarardan sorumlu olması halinde, kimin hangi miktardan hukuken sorumlu olduğuna ilişkin bir değerlendirmeye gerek olmaksızın, zarar verenler müteselsilen sorumlu olacaktır. Talep olunacak zarar miktarının belirlenmesi bakımından yasa, kriterleri ortaya koymaksızın fon kuruluna yetki vermiştir⁶⁰¹ (Bank.K m. 108/III). Ancak Bankacılık Kanunu'nun 132/II. maddesi, zarar miktarının hesabı bakımından kullanılacak kriterleri ortaya koymuş ve kaynağın kullanım tarihinden itibaren işletilecek faiz, komisyon ve sair giderlerin toplamına 6183 sayılı kanun hükümleri uyarınca gecikme zammı uygulanmasını öngörmüştür. Bu bakımdan fon kurulunun yetkisini kullanırken Bank.K m. 132/II hükmünü dikkate alması gerekmektedir.

Bankacılık Kanunu'nun 108. maddesine dayalı taleplerde zamanaşımı süresi hakkında, alacağın fon alacağı teşkil edip etmediği incelenmek

⁵⁹⁹ Reisoğlu, s. 1343

⁶⁰⁰ Reisoğlu, s. 1342

⁶⁰¹ Alıcı, s. 1038

suretiyle değerlendirme yapılmalıdır. Anılan maddenin sadece dördüncü fıkrasında belirtilen alacağın fon alacağı olduğu hükme bağlanmıştır(Bank.K m.108/IV). Bu bakımdan faaliyet izninin kaldırılması sonrasında öncelikle fon tarafından uygun bir süre verilerek tesbit olunan miktarın iadesi talep olunmalı ve ödemedi kaçınma halinde alacak fon alacağı niteliği kazanacağından, bu ihtimal bakımından Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesinde öngörülen 20 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağını kabul etmek gerekmektedir.

Ş 14. SİGORTAYA TABİ MEVDUATIN EKSİK VEYA FAZLA BEYANINDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK

Bankacılık Kanunu'nun 135. maddesi, banka tarafından beyan edilen mevduat tutarının gerçek tutardan düşük veya fazla gösterilmesine dayalı özel bir sorumluluk hükmü içermektedir. Bu kapsamda beyan edilen fark tutarın bakımından fona doğrudan tahsil yetkisi verilmiştir (Bank.K m. 135). Fonun böyle özel bir yetki ile donatılmış olması, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, bir bankanın bu yükümünü ihlal etmiş olması gerekçesi ile açıklanmaktadır⁶⁰².

Hukuki açıdan fon, eksik beyan edilen mevduatın değil, buna ilişkin primin alacaklısıdır⁶⁰³. Ancak, banka yönetiminde yetkilerin kötüye kullanımı, fona böyle kapsamlı bir yetki verilmesini gerekli kılmaktadır. Yetkinin kullanılabilmesi için bankanın fona devredilmiş olması ya da faaliyet izninin kaldırılmış olması gerekli değildir. Fon, banka hakkında bu kararların alınmasından önce de maddede öngörülen yetkilerini kullanabilecektir.

Banka hakkında tesbit edilen usulsüzlük hakkında fona doğrudan müdahale yetkisi veren düzenleme, bankanın mali durumu bozulmadan müdahale imkanı vermesi nedeniyle, isabetli bir yaklaşımın ürünüdür. Banka faaliyet izninin kaldırılması ya da fona devir gerçekleşikten sonra açılan hukuk davaları, zararın ulaştığı miktarlar itibariyle çoğu zaman amacına ulaşmaktan uzak kalacaktır. Zararın bu derecede büyümesinden önce fonun

⁶⁰² Alıcı, s. 1150

⁶⁰³ Aynı yönde Reisoğlu, s. 1546

yetersiz kalan banka yönetimi adına ya da banka yönetimi hakkında hareket ederek mevduatı ve bankayı korumaya yönelik hukuki müdahale imkanları ile donatılması, Bankacılık Kanunu'nun yönetici ve ortaklar için öngördüğü sorumluluk düzenlemesinden daha verimli sonuçlar doğuracaktır.

Bankanın fona devri ya da faaliyet izninin kaldırılmasından sonra ise, özellikle fazla bildirim nedeniyle hukuki sorumluluk gündeme gelebilecektir. Beyan edilen farklı mevduat nedeniyle sorumluluğuna gidilebilecek kimseler, bankanın yönetim kurulu ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları, imzaları bankayı ilzam eden memurları ve şube müdürleri ile yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklar, sayılanların eşleri, çocukları ve bunlar adına veya hesabına hareket eden kimselerdir (Bank.K m. 135/I,II). Sayılan şahıslar, Bankacılık Kanunu'nun yönetici ve hakim ortak olarak nitelediği kimselerle örtüşmemektedir. Uyumsuzluk, maddenin 4389 sayılı Bankalar Kanunu (Ek Madde 1) döneminde mevcut olup, genel olarak bu haliyle Bankacılık Kanunu'na aktarılmasından kaynaklanmaktadır. Davalı sıfatı bulunan kimseler, aynı zarara birlikte sebebiyet vermeleri halinde müteselsilen sorumludur.

Yasal düzenleme gereğince alacaklı sıfatı fona aittir ve alacak 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil edilecektir (Bank.K m. 135/IV). Ancak özellikle banka hakkında fona devir ya da faaliyet izninin kaldırılması kararından önce, bankanın olağan şekilde faaliyetlerine devam ettiği dönemde alacağın tahsiline girişilmesi halinde, hukuki açıdan alacaklı banka olduğundan, fon tarafından tahsil edilen meblağın bankaya iade edilmesi gerekmektedir⁶⁰⁴. Fonun yanında bankanın da aynı alacağın tahsili için takip yapması ve dava açması mümkündür. Ancak böyle bir ihtimalde aynı alacağın tahsili bakımından farklı yasal prosedürlerin uygulanması sözkonusu olacak ve özellikle farklı faiz/gecikme zammı oranları uygulanmak suretiyle alacak tahsil edilebilecektir. Hukuki açıdan tahsil edilen miktarların birbirinden farklı olmasını haklı kılacak gerekçeler mevcut değildir ve fonun

⁶⁰⁴ Aynı yönde **Reisoğlu**, s. 1547

tahsil yetkisini banka hakkında Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinin uygulanmasından önce ya da sonra kullanmasına göre bir ayırım yapılmalı ve tahsil usulü bakımından 71. maddenin uygulanmasından önce 6183 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasına son verilmesi isabetli olacaktır.

Fonun fark mevduat nedeniyle tedbir kararı alması mümkün olup, tedbir konusunda karara yetkili merci "*ilgili bankanın merkezinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimi, yargılama sırasında ise mahkeme*"dir (Bank.K m. 135/I). Ancak tedbir konusunda yetkili olan sulh ceza mahkemesinin, fark mevduata ilişkin hukuki sorumluluk davalarını inceleme ve karara bağlama görevi bulunmamaktadır⁶⁰⁵ (Bank.K m. 135/IV). Görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olup, muamele merkezi veya ikametgahı İstanbul ili sınırları içinde olan kişilere ilişkin davalar dışındaki davalarda yetkili mahkeme genel hükümlere göre belirlenir (Bank.K m. 142/I,II).

Zamanaşımı bakımından alacağın fon alacağı niteliği taşıyıp taşımadığı dikkate alınmak suretiyle değerlendirme yapılmalıdır. Bankacılık Kanunu'nun 132. maddesi başlığı, "Fon alacaklarının takip ve tahsiline ilişkin yetki ve usuller" olup, 132. maddenin ilk fıkrasında alacağın 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil edileceği hükme bağlanmıştır. Ancak maddede Bankacılık Kanunu'nun 135. maddesinde zikredilen alacağın fon alacağı olduğu açıkça ifade edilmemiştir. Bu bakımdan alacağın mahiyeti esas alınmak suretiyle fon alacağı niteliğinin bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir.

Banka hakkında 71. maddenin uygulanmasından önce fon zararı, mevduatın eksik beyan edilmesinden kaynaklanır ve bu mevduat miktarına ilişkin prim alacağı ile sınırlıdır. Bu miktar mahiyeti itibarıyla fon alacağı teşkil ettiğinden, Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesinde öngörülen zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Diğer zarar miktarına ilişkin olarak fonun açacağı sorumluluk davası hakkında, bankanın yararlanabileceği zamanaşımı süresi geçerli olacaktır ve bu süre genel haksız fiil ya da sözleşme zamanaşımı süresidir. Zira fonun bu zarar miktarı için açmış olduğu dava, bankanın dava

⁶⁰⁵ Krş. **Alıcı**, s. 1151

hakkından kaynaklanır ve özel bir sorumluluk hükmü ile düzenlenmiştir. Banka hakkında 71. madde hükümlerinin uygulanmasından sonra ise zarar özellikle fazla mevduat gösterilmesinden kaynaklanır ve fonun bu mevduat nedeniyle yapmış olduğu ödemeler ölçüsünde fon zararı ve dolayısıyla fon alacağı ortaya çıkar. Bu alacak hakkında ise Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesinde yer alan zamanaşımı süresi uygulanır.

§ 15. SİSTEME GİRİŞ PAYININ ÖDENMEMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

Bankacılık Kanunu uyarınca bankaların faaliyette bulunabilmeleri için, kuruluş izninin yanısıra faaliyet izni almaları zorunludur (Bank.K m. 10/I). Bankaların faaliyet izni alabilmesi için, sisteme giriş payı olarak isimlendirilen asgari sermayenin yüzde onu tutarındaki meblağın dörtte birinin kurucular tarafından fon hesabına yatırılması gerekmektedir (Bank.K m.10/II,a). Bakiye miktar ise, bankanın faaliyete geçiş tarihinden itibaren bir yıl içerisinde, Kurul tarafından belirlenecek ödeme planı çerçevesinde fona ödenecektir (Bank.K m. 10/III;130/c).

Fon tarafından mevduata sağlanan güvence, bankaların faaliyete geçmeleri ile birlikte başlamasına rağmen, mevduat sigorta primlerinin tahsili nisbeten uzun bir süreye yayılmaktadır. Bu nedenle hem fona gelir sağlamak hem de banka kurmak suretiyle piyasaya dahil olacak kimselerde gerekli ciddiyet ve kararlılığın tesbiti amacıyla sisteme giriş payı adı altında bir meblağın, fona ödenmesi zorunluluğuna mevzuatta yer verilmiştir⁶⁰⁶.

Sisteme giriş payının faaliyet izni alınmadan önceki dönemde ödenecek dörtte birlik kısmı kurucular tarafından ödenir (Bank.K m. 10/II,b). Belirtilen miktarın ödenmemesi halinde bankaya faaliyet izni verilmez. Ödemeden kaçınmanın yaptırımı, bankanın faaliyete geçmemesidir. Faaliyete geçiş tarihinden sonra ödenmesi gereken meblağın ödenmemesi halinde ise, ilgililerin ödenmeyen meblağ bakımından hukuki sorumluluğu gündeme gelmektedir.

⁶⁰⁶ Reisoğlu, s. 243: Alıcı, s. 143

Hukuki açıdan bu meblağdan sorumlu olması gereken kişi, banka anonim ortaklığıdır. Çünkü sisteme dahil olan, bir tüzel kişi olarak bankadır ve fona ödenen miktardan yararlanacak olan kimse de esas itibariyle bankadır. Ancak yasal düzenlemede ödenmeyen bu meblağdan kim ya da kimlerin hukuken sorumlu olduğu, tartışmaya açık bir şekilde düzenlenmiştir. Sisteme giriş payının bakiye miktarının ödenmesi bakımından, bir taraftan hissedarların hukuken sorumlu olduğu (Bank.K m. 10/III), diğer yandan bu meblağı ödemekle yükümlü olanların kurucular olduğu Bankacılık Kanunu'nda hükme bağlanmıştır (Bank.K m. 130/c).

Bankacılık Kanunu'ndaki bu çelişkili düzenleme karşısında, özellikle kurucular tarafından hisse devrinin yapıldığı hallerde ya da kurucu sıfatı ile hissedar sıfatının birbirinden ayrıldığı hallerde, hukuki sorumluluğun kime ait olduğunu tesbit etmek önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Yasal düzenlemede bu ayırım yapılmamış, kurucu ve hissedar kavramları birbirini ikame edecek şekilde kaleme alınmıştır.

Öğretide sorumluluğun sadece kuruculara ait olduğu, aksi halde kuruculardan hisse devralan kimselerin, Bankacılık Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca ödeyeceği hisse devir payı yanında, sisteme giriş payından da sorumlu olmak suretiyle mükerrer ödeme yapacağı görüşü savunulmaktadır⁶⁰⁷. Kanaatimizce de her ne kadar hissedarların ödenmeyen sisteme giriş payı bakiyesinden müteselsilen sorumlu oldukları hükmüne Bankacılık Kanunu'nda yer verilmişse de (Bank.K m. 10/III,son), sisteme giriş payından sadece kurucu ortakların hukuken sorumlu olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu sorumluluk ortak sıfatına dayalı bir sorumluluk değildir ve Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen hukuki sorumluluk, anonim şirketler hukukunda geçerli olan tek borç ilkesinden bir ayrılmayı da ifade etmemektedir. Çünkü sisteme giriş payının ödenmemesinden doğan sorumluluk, bu hususta verilen özel bir taahhülden kaynaklanmaktadır (Bank.K m. 10/III,130/c; BKİY m. 7/IV,a). Başka bir deyişle kurucuların sorumluluğu, banka ortağı olmalarından değil, bu hususta vermiş oldukları

⁶⁰⁷ Alıcı, s. 143

özel bir taahhütten kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, paya bağlı bir borç değil, genel hükümlere tabi bir borç ilişkisi bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Borç pay sahipliği sıfatından kaynaklanmadığından, kurucuların hisselerini devretmeleri, devralanın sisteme giriş payından hukuken sorumlu olmasını gerektirmez. Dolayısıyla Bankacılık Kanunu'nun 10/III,son maddesinde bahsi geçen "banka hissedarı" kavramının, banka kurucu ortakları şeklinde anlaşılması gerekir. Aksi halde hissedardan tahsil edilecek bir meblağ için, kuruculardan taahhüt alınması gibi çelişkili bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Kurucular bakiye tutarın ödenmemesi halinde bu miktardan müteselsil olarak sorumludurlar (Bank.K m. 110/III,son). Sisteme giriş payı, özel bir taahhütten kaynaklanmakla birlikte, fonun gelirleri arasında yer aldığından (Bank.K m. 130/c), ödenmemesi halinde 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil edilecektir (Bank.K m. 132/I). Kuruculara karşı fonun sahip olduğu bu alacak hakkı, Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesi uyarınca 20 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

§ 16. BİRDEN FAZLA KİMSENİN SORUMLULUĞU

I. BELİRLİ BİR ZARARIN İSNAT EDİLEBİLECEĞİ HALLERDE

Birden fazla şahsın zarara sebebiyet verdiği hallerde akla gelen ilk ihtimal, belli miktar zararın kimin tarafından verildiğinin belirlenebilir olmasıdır. Zarar birden fazla kişinin işlem ya da kararından kaynaklanmakla birlikte, kimin ne miktarda zarar verdiği belirlenebilir nitelikte ise, bu halde kim hangi miktarda zarar sebebiyet vermişse, o miktar zararlar sorumluluğu gündeme gelir.

Mudiye ait aynı mevduat hesabından birden fazla yöneticinin ayrı ayrı kendi hesaplarına para geçirmesi bu hale örnek teşkil eder. Somut örnekte her bir yönetici tarafından yapılan işlem ya da işlemlerden kaynaklanan zarar belirlidir ve ilişki birden fazla bağımsız fiil, bağımsız illiyet ve bağımsız zarar esasına dayalıdır. Sorumluluğun isnadında belirleyici olan ise zarardır. Zararın tek mudi hesabında gerçekleşmesi, zararın belirlilik özelliğini ortadan

kaldırılmaz. Yöneticilerin işlemler bakımından ortak kusurlu olmaları, yani birbirinden haberdar olmaları ya da beraberce işlediklerini bilmeleri ve hatta beraberce işleme hususunda kusur seviyelerinin kast düzeyinde olması dahi neticeyi değiştirmez⁶⁰⁸. Her bir yönetici, ne kadarlık bir zarara sebebiyet vermiş ise, bu miktar zarardan sorumludur.

II. ZARARIN BELİRLENEBİLİR OLMAMASI HALİNDE

Birden fazla kimse zarara sebebiyet vermesine rağmen, her biri tarafından verilen zarar miktarının somut olarak açıkça belirlenmesi mümkün olmayabilir. Burada akla gelen ilk ihtimal, ortak illiyetin bulunmasıdır. Bankacılık uygulamasında, özellikle kredi ilişkisinde bu durumla karşılaşılmaktadır. Kredi verilme sürecinde teknik görevli kişi ya da birim inceleme sonuçlarını gizlemiş, incelemekle görevli birim yükümlülüklerini yerine getirmemiş ve kredi onayı veren kişi ya da birim, durumu bilmesine rağmen krediyi onaylamıştır ya da her aşamada ihmal düzeyinde kusurla, zararlı işlem tesis edilmiştir. Zarar birbirine bağlı, bölünemez bir süreç sonunda tek bir işlemin neticesi olarak ortaya çıkmıştır. Bu durumda sürece katılan kişilere isnat edilebilecek belirli ve açık bir zarar miktarı bulunmamaktadır. Acaba zarar bir bütün olarak bunların her birinden talep edilebilir nitelikte midir; yoksa kusur oranlarına göre vermiş oldukları zararın tayini ve akabinde her birinin zararın müstakil bir kısmından mı sorumlu olmalıdır?

Bu durumu öngören kanun koyucu bu tarz ihtimaller bakımından kimi durumlarda (TTK m. 336/1) borçlular arasında teselsül ilişkisi tesis etmek suretiyle sorunu halletmiştir. Ancak Bankacılık Kanunu'nda yöneticilerin şahsi iflasının tanzim edildiği hükümde bu sorunu çözecek bir düzenlemeye yer verilmemesi bir tarafa, bunların sadece vermiş oldukları zararla sınırlı olarak sorumlu olacakları hükme bağlanmıştır (Bank.K m. 110/1). Bu bakımdan yasal düzenlemenin, genel esaslardan farklı bir yaklaşımı içerip içermediği hususunda tereddüt doğmakta ve hukuki kurumlar ve öğretilerdeki eğilimler karşısında bunun yorumlanması gerekmektedir.

⁶⁰⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 698; Eren, (Uygun İlliyet, 1975), s. 154

A. Genel Hükümler Kapsamında Değerlendirme

Ortak illiyetin sözkonusu olduğu hallerde, zarar sonucunu doğuran işlem ya da kararların birbirinden ayrılması mümkün değildir. Her bir işlem ya da karar, zararlı sonucu doğurmak bakımından vazgeçilmez bir katkıya sahiptir⁶⁰⁹. Banka yöneticilerinin sorumluluğunda karşılaşılabilecek en yaygın illiyet türü, kusurlu ortak illiyettir⁶¹⁰. Bu ihtimalde birden fazla kimse ortak kusurları ve vazgeçilmez katkıları ile tek bir zarara sebebiyet vermektedir. Zarara sebebiyet verenlerin kusurundan maksat, zararlı neticeyi gerçekleştirenlerin anlaşmak suretiyle sonucu doğurmaları ya da en azından birbirlerinden haberdar olmalarıdır⁶¹¹. İşlem ve kararlarında en azından birbirinden haberdar olmak suretiyle zararlı sonucu doğuranlar arasında, Borçlar Kanunu'nun 50. maddesi müteselsil sorumluluk öngörmektedir. Keza sorumluluk farklı hukuki sebeplere dayansa bile, ilgililerin Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca müteselsil sorumluluğu sözkonusu olabilecektir.

Aynı şekilde yöneticilerin bir kısmı bakımından kanunlarda müteselsil sorumluluğa yer veren düzenlemeler bulunmaktadır. Özellikle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin düzenleme (TTK m.336/1), en azından yöneticilerin bir kısmı arasında müteselsil sorumluluğun cari olacağını öngörmektedir.

Genel hükümler uyarınca çeşitli sebeplerle yöneticiler arasında müteselsil sorumluluğun mevcudiyeti kabul edilebilir olmakla birlikte, bu sonucun Bankacılık Kanunu'ndaki özel sorumluluk bakımından uygulama kabiliyetine sahip olup olmadığı konusunda tartışmalar mevcuttur. Burada sadece soruna temas etmekle yetinip, İsviçre Anonim Şirketler Hukuku'nda yöneticilerin sorumluluğu bakımından uygulama kabiliyeti bulan farklılaştırılmış teselsüle ilişkin düzenleme incelendikten sonra, sorunun çözümüne yönelik değerlendirmelere yer verilecektir⁶¹².

⁶⁰⁹ Eren, (Uygun İlliyet, 1975), s. 149

⁶¹⁰ Kavram hakkında Bkz. Eren, (Uygun İlliyet, 1975), s. 149 vd.

⁶¹¹ Eren, (Uygun İlliyet, 1975), s. 152; Ortak illiyette kusura ilişkin bu tanımlama, öğretide genel kabul gören ve kanaatimizce de en makul olan tanımdır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Eren, (Uygun İlliyet, 1975), s. 152 vd.; Gürsoy, Kemal Tahir, Birden Fazla Kimsenin Aynı Zarardan Sorumluluğu, Mahmut Koloğlu'ya 70 inci Yaş Armağanı, Ankara, 1975, (s. 57-83), s. 58 vd.

⁶¹² Aşağıda 3 nolu başlık altında yapılan açıklamalara bakınız.

B. Farklılaştırılmış Teselsül

Teselsül, birden fazla borçlunun bulunduğu bir hukuki ilişkide, alacaklının alacağın tamamını borçlulardan her birinden talep etmesine olanak sağlayan hukuki bir kurumdur⁶¹³ (BK.m.141). Müteselsil borcun sözkonusu olduğu hallerde alacaklı borçlulardan birine, birkaçına ya da tamamına borcun bir kısmı ya da tamamı için müracaat edebilir ve borcun tamamı ifa edilinceye kadar bu sorumluluk hali devam eder (BK.m.142). Ancak alacaklının bu müracaat serbestisi, bazı hallerde adalet ve hakkaniyet duygularını zedeleyen sonuçlar doğurmaktadır. Özellikle herhangi bir borçlunun şahsi kusur derecesinin diğer borçlulara nazaran daha düşük seviyede olduğu durumlarda, borcun tamamından sorumlu olması bu hale örnek teşkil eder. Esasında birden fazla kimsenin müşterek bir borçtan sorumluluğunda, bu borçtan borçluların sorumluluk miktarı ve birbirleri ile olan rücu ilişkilerinin nasıl düzenleneceği, bir hukuk politikası sorunudur. Bu sorunun çözümünün, adalet, hakkaniyet ve nispet duygularını örselememesi gerekir. İşte farklılaştırılmış teselsül, İsviçre’de bu duyguların tepkisinin bir sonucu olarak ortaya çıkmış ve teselsül ilişkisinin özellikle dış ilişki bakımından sonuçları esas alınarak soruna farklı bir çözüm öngörmüştür.

Farklılaştırılmış teselsül, teselsülün asıl amacı olan alacaklıyı, borçlulardan birinin aczinden koruma amacına hizmet etmeye devam eden⁶¹⁴, ancak teselsül ilişkisinde her bir borçlunun kusurunun ve diğer şartların dikkate alınmasını öngören, bu sayede hakkaniyete ve menfaatler dengesine uygun çözüm sağlamayı hedefleyen hukuki bir kurumdur. Farklılaştırılmış teselsülde, borçlular arasındaki teselsül ilişkisi devam etmekle birlikte, borçlu lehine bir iyileştirme sözkonusu olmaktadır⁶¹⁵.

Farklılaştırılmış teselsül, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 759. maddesiyle, anonim şirket yöneticilerinin sorumluluğunda teselsül için kanunun 1991 değişikliği ile kabul edilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu’nun “teselsül ve rücu” başlığını taşıyan 759. madde hükmüne göre,

⁶¹³ Yapılan tanım müteselsil alacak kavramını kapsamamaktadır.

⁶¹⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 290; Bürgi/Nordmann-Zimmermann, Art. 759, Rn. 11

⁶¹⁵ Vogt, Hans-Ueli, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Hrsg. von Weber, Rolf H./Isler, Peter R., Zürich, 2008, (s. 21-59), s. 26

“Bir zarardan dolayı birden fazla kimse tazmin ile yükümlü ise, bunlardan her biri, kusuruna ve şartlara göre zararın kendisine atfedilebildiği ölçüde diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumludur.

Davacı birden fazla borçluyu zararın tümü için dava edebilir ve aynı davada hakimden her bir davalının tazmin yükümünü belirlemesini isteyebilir.

Borçlular arasındaki rücu ilişkisi, hakim tarafından tüm şartlar değerlendirilmek suretiyle tesbit olunur.”

Aynı maddenin eski metni, organlar bakımından müteselsil sorumluluğun geçerli olduğu esasına yer vermektedir. Federal Mahkeme'nin bu teselsül hükmünün uygulanmasındaki katı tutumu⁶¹⁶ nedeniyle öğretide uygulama eleştirilmekte ve maddeye ilişkin olarak özellikle İsviçre Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. maddelerini kapsayan farklı çözüm önerilerinde bulunulmaktaydı⁶¹⁷. Bu nedenle mutlak teselsülden farklılaştırılmış teselsüle geçiş, İsviçre öğretisinde sorumluluk hukuku alanında olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmektedir⁶¹⁸. Esasında değişiklik, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yöneticiler için öngörülen teselsül hakkında, kanunun 43 ve 44. maddelerinin dış ilişki bakımından uygulanmasına izin verilmesini ifade etmektedir⁶¹⁹. Öğretide de farklılaştırılmış teselsülün, yasayla oluşturulmuş yeni bir kurum olmadığı ve kanun koyucunun müdahalesiyle, olması gereken hukukun yazılı hale getirildiği vurgulanmaktadır⁶²⁰.

Öğretide farklılaştırılmış teselsülün iki temel etkisine işaret edilmekte ve kusurun (kusurunun derecesinin) ve uygun illiyet bağının, sorumlu olunan

⁶¹⁶ Federal mahkemenin teselsülün varlığı durumunda borçlunun zarara olan katkısını ve kusurunun derecesini dikkate almayan uygulamasının tek istisnası, “*müteselsil borçlulardan birinin, diğerlerine nazaran zarara katkısının son derece düşük olduğu*” hallerine ilişkindir. Bkz. BGE 127 III 266 (Roberto, Vito, Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR, 2006/1, s. 30 (s. 29-41), s. 32)

⁶¹⁷ Widmer, Art. 759, Rn. 1 ; Bürgi/Nordmann-Zimmermann, Art. 759, Rn. 2 vd. , Rn. 11 vd.; Böckli, (Aktienrecht, 2004), § 18, Rn. 481; Roberto, s. 33; Forstmoser, Peter, Solidarität, Kausalzusammenhang und Verschulden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, SJZ, 1982, Heft 23, (s. 369-373), s. 369 vd.

⁶¹⁸ Widmer, Art. 759, Rn. 1.; von der Crone, Hans Caspar, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW., 2006, (s. 2-19), s. 13; Böckli, (Aktienrecht, 2004), § 18, Rn. 495; Roberto, s. 32:

⁶¹⁹ Vogt, s. 25

⁶²⁰ Widmer, Art., 759, Rn. 4

miktarının belirlenmesi bakımından bir indirim nedeni olması, kurumun sağladığı yararlar arasında zikredilmektedir⁶²¹.

Yasa metninden anlaşıldığı üzere farklılaştırılmış teselsül, borçlunun dış ilişki bakımından sorumluluğuna özellikle şahsi kusur bakımından etki etmekte (OR Art. 759/I), bunun yanı sıra iç ilişkideki sorumluluk esasları bakımından her türlü koşul dikkate alınmak suretiyle rücu miktarı belirlenmektedir (OR Art. 759/III).

1. Alacaklı ve Borçlular Arasındaki (Dış) İlişki Bakımından Etkisi

Farklılaştırılmış teselsülün mevcut olduğu hallerde, davacının borçlulardan birini, bir kısmını ya da tamamını dava etmesi, aynen tam teselsülde olduğu gibi mümkündür⁶²². Ancak mahkeme, borçluların zarar bakımından kusurlarının derecesini, illiyetin kısmi etkisini ve şartlara göre diğer indirim nedenlerini dikkate alarak sorumluluk miktarında indirim yapmalı ve davalının zarardan müteselsilen sorumlu olduğunu hükme bağlamalıdır. İlliyet ve kusur derecesinden başka, diğer nedenlerin de dış ilişkide sorumluluk miktarını etkilemesi sözkonusu olabilir. Bu kapsamda yönetim yetkisinin devredilmesi, işletmenin büyüklüğü, üçüncü şahsın ya da şirketin kusuru bir indirim nedeni olarak dikkate alınabilecektir⁶²³. Bir indirim nedeninden yararlanan kimsenin müteselsil sorumlu olması, sadece bu miktar kadar, indirim nedeninden yararlanmayan borçlunun borcundan sorumlu olması sonucunu doğurur⁶²⁴.

⁶²¹ **Widmer**, Art. 759, Rn. 2,3; **von Büren**, Roland/**Stoffel**, Walter A./**Schnyder**, Anton K./**Christen-Westenberg**, Catherine, Aktienrecht, Zürich, 2000, Rn. 1057,1058; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 36, N 107; Anonim şirketler hukukunda teselsülün böyle bir etkiye sahip olacak şekilde uygulanması, öğretide önerilen bir çözüm yolu idi. Bkz. **Bürgi/Nordmann-Zimmermann**, Art. 759, Rn. 4; **Roberto**, s. 30. Yazar, Anonim şirketler hukuku revizyonunda teselsüle ilişkin temel değişikliğin, sebebiyeti aşan zarardan doğan sorumluluğu sınırlamak olduğunu ifade etmektedir.

⁶²² **Böckli**, § 18, Rn. 488

⁶²³ Bkz. **Vogt**, s. 28 vd. Yazar borçlulardan birinin aldığı ücretin düşük olmasının, federal mahkemece bir indirim nedeni olarak kabul edildiği kararı (BGE 127 III 453 ff.) eleştirmekte ve şirketin belirlediği ücret miktarının, alacaklıya bir indirim nedeni olarak dermeyan edilemeyeceğini savunmaktadır. **Vogt**, s. 41

⁶²⁴ **Böckli**, (Aktienrecht, 2004), § 18, Rn. 489

Farklılaştırılmış teselsülün öngördüğü ihtimal şöyle bir örnekle açıklanabilir⁶²⁵:

Borçluların müteselsilen sorumlu olduğu 100 franklık borç için alacaklı (A), borçluların hepsini dava etmiş ve mahkemece borçlulardan (B)'nin şahsi kusurunun %100, (C)'nin %50, (D) ve (E)'nin %25 olduğu tesbit edilmiştir⁶²⁶. Kusur oranları çerçevesinde borçluların sorumluluk miktarı sırasıyla 100, 50, 25 ve 25 franktır. Mahkemece belirlenen bu oran borçlular arasındaki iç ilişkiyi değil, dış ilişkiyi ilgilendirir. Borçlular bu miktar için müteselsil sorumlu olduğundan, alacaklının 100 franklık borç ödeninceye kadar (Art. 144/II OR) mahkeme kararında belirtilen miktarlar kadar borçlulardan her birine müracaat imkanı vardır. Klasik müteselsil borç ilişkisinde, alacaklının borçlulardan her birine 100 frankın tamamı için müracaat hakkı bulunmasına rağmen, farklılaştırılmış teselsülde sadece mahkeme kararında belirtilen miktar kadar müracaat edilebilir. Bu durumun pratik sonucu, alacaklının bakiye teminatı (*Überschussdeckung*) bakımından önem taşır. Somut örnek çerçevesinde: Klasik teselsülde her bir borçlu borcun tamamından sorumlu olduğundan, alacaklının bakiye teminatı (4x100-100) 300 franktır. Buna karşın farklılaştırılmış teselsülde bakiye teminat (100+50+25+25-100) 100 franktır.

Sorumluluk miktarının belirlenmesi bakımından yasal düzenlemede (OR Art. 759/II) ilgilinin talebinden bahsedilmekle birlikte, davalının sorumluluk miktarı mahkemece resen belirlenmek zorundadır⁶²⁷. Belirlenen bu miktar, sadece dış ilişki bakımından etki doğurur. Yani alacaklının,

⁶²⁵ *Böckli* tarafından verilen örnekten esinlenilmiştir. Bkz. **Böckli**, (Aktienrecht, 2004), § 18 Rn. 517,518

⁶²⁶ Kusur oranı bakımından özellikle hafif kusurun etkisi, uygulama bakımından önem taşımaktadır. Federal mahkeme kararları çerçevesinde hafif kusurun genel olarak sorumluluk miktarına etkisini araştıran *Vito*, federal mahkemenin hafif kusuru indirim nedeni olarak kabul ettiği hallerde, öğretide belirtildiği gibi %50'lere varan bir indirimin sözkonusu olmadığını, en fazla %20'lik bir indirimin yapıldığını, bu bakımdan hafif kusurun dış ilişkide sorumluluk miktarının azaltılmak bakımından çok büyük bir etkiye sahip olmadığını iddia etmektedir. **Vito**, s. 34 vd.; Uygulama bakımından benzer bir eleştiri *Vogt* tarafından da ileri sürülmekte ve farklılaştırılmış teselsüle dayalı olarak borçluların dış ilişki bakımından sorumluluğunda nadiren indirim yapıldığı vurgulanmakta, bu durum yönetim kurulunun oldukça geniş olan görevleri ile sorumluluk değerlendirmesinin mukayeseli değil, münferiden yapılmasına bağlanmaktadır. **Vogt**, s. 42

⁶²⁷ **Widmer**, Art. 759, Rn. 6; İsviçre hukukunda sadece hakkında dava açılan borçlunun mu yoksa tüm borçluların mı sorumluluk tavanının belirleneceği konusunda farklı görüşler yer almakla birlikte, usul ekonomisi açısından ikinci görüş daha isabetlidir. Bkz. **Pulaşlı**, (Özen Yükümü, 2009), s. 50,51

borçludan azami ne miktar alacağı talep edebileceğini gösterir, ancak kural olarak iç ilişkideki rücu ilişkisini ilgilendirmez⁶²⁸.

Farklılaştırılmış teselsül, etkisini esas itibariyle alacaklıyla borçlular arasında gösteren bir kurumdur. Aslında farklılaştırılmış teselsül, alacaklının borçlulardan tatmin menfaatini ortadan kaldırmamakta, ancak bunu borçlunun, borcun doğumundaki etkisini esas almak suretiyle hafifletmektedir. Öte yandan yargılama masraflarının kısmen davacı üzerinde kalması riski⁶²⁹ ve müteselsil sorumluluğun sözkonusu olduğu her durumda bir dava ile borç miktarının belirlenmesi zorunluluğunun bulunması, hükmün olumsuz etkiler olarak değerlendirilebilir.

2. Borçlular Arasındaki (İç) İlişki Bakımından Etkisi

Yukarıda ifade edildiği gibi, hakimin dış ilişkideki sorumluluk bakımından belirlediği oranlar, iç ilişki bakımından etkili değildir. Ödeme sonrasında borçluların birbirinden ne miktar için alacaklı olduğunun mahkeme tarafından yeniden hükme bağlanması gerekmektedir. Bu rücu ilişkisinin amacı, zararda sebebiyet ve kusur derecesi dikkate alınarak, sorumluluğun borçlular arasında paylaşılmasıdır⁶³⁰.

Borçlular arasında ödeme sonrasındaki rücu ilişkisini OR Art. 759/III düzenlemektedir. Buna göre hakim, sadece kusurun derecesini ya da zarardaki illiyeti değil, mevcut tüm şartları değerlendirmek suretiyle (OR Art.

⁶²⁸ von Büren/Stoffel/Schnyder/Christen-Westenberg, Rn. 1059; Böckli, (Aktienrecht, 2004), §18, Rn. 503

⁶²⁹ Bu risk borçluların münferit olarak dava edilmesi halinde vardır. Birlikte dava edilmeleri halinde, OR Art. 759/II hükmü gereğince, risk davacıya ait değildir. Federal mahkeme içtihadına (BGE 122 III 324 vd. Böckli (2004) s. § 18, Rn. 514'den naklen) göre müteselsil borçluların müşterek zarar nedeniyle dava edilmesi halinde, davacının yargılama masrafları bakımından üstlendiği risk, sanki karşısında tek bir davacı varmış gibi hesap edilir. Öğretide yeni bir görüş ise, yargılama masraflarının, kaybeden davacı için, kazanan davalılar lehine takdir edilecek vekalet ücretini kapsamadığı kabul etmektedir. Ancak OR Art. 759/II'nin öngördüğü amaçla uyum içinde olmayan bir menfaat çatışması hali sözkonusu ise, artık uyuşmazlığın sözkonusu olduğu durum bakımından vekalet ücretine ilişkin bu çözümün uygulama imkanı yoktur. Bkz. Böckli, § 18, Rn. 496, 498, 511 ve 513; Böckli bu sorun hakkında OR Art. 759/II hükmünün davacı lehine çözüm sağladığını, dava dilekçesinde ayrıntıya girilmesinin gerekli olmadığını ve sorumluluk kapsamında olanların doğru bir şekilde gösterilmesinin yeterli olduğunu ifade etmektedir. Karayalçın, BGE 122 III 324-326'dan yaptığı özetle, bazı davalılar hakkında açılan davanın reddedilmesi halinde, davacı için dava masrafı riskinin bulunmadığını ve zararın tamamının hüküm altına alınması kaydıyla dava masrafını davayı kaybeden davalılara yükleneyeceğini ifade etmektedir. Bkz. Karayalçın, Yaşar, İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, s. 669

⁶³⁰ Vogt, s. 53

43,44) rücu ilişkisine esas miktarı belirleyecektir⁶³¹. Öğretide bu miktarın, büyük bir ihtimalle temel ilişkide belirtilen oranlardan farklı olacağı savunulmaktadır. Çünkü burada hakimin münferit borçluları ilgilendiren maddi hukuka ve usul hukukuna ilişkin sebeplere dayalı olarak yeniden değerlendirme yapması gerekmektedir⁶³². Bu bakımdan dış ilişkide belirlenen oranların iç ilişki bakımından doğrudan uygulanması sözkonusu değildir. Ancak gerek dış ilişkide gerekse iç ilişkide aynı indirim nedenleri uygulanacağından, değişimi gerektiren herhangi bir özelliğin bulunmaması halinde, dış ilişkideki oranlar iç ilişki bakımından da etkili olacak ve sadece istisnai durumlarda değişime gidilecektir⁶³³. Dış ilişkideki oranlardan farklı değerlendirme yapmanın gerekli olmadığı hallerde, rücu ilişkisindeki sorumluluk oranları, münferit borçlunun dış ilişki bakımından borcunun, dış ilişkideki tüm borçlara oranı esas alınmak suretiyle tayin edilecek ve bu oranlara göre fazla ödeme yapan, diğer borçlulara rücu edebilecektir. Ancak her halde mahkeme aracılığıyla oranların ve miktarın tesbiti gerekmektedir.

3. Tasarıdaki Düzenleme

TTK Tasarısı'nda birden fazla kimsenin aynı zarardan sorumlu olduğu durumlarda, bu kişiler arasında farklılaştırılmış teselsüle ilişkin hükümlerin uygulanacağı öngörülmektedir. Konuyla ilgili düzenleme "teselsül ve Başvuru" kenar başlığı ile tasarının 557. maddesinde bulunmaktadır.

Anılan düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu'nun 759. maddesinden aynen alınmıştır ve bu husus gerekçede açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle maddenin uygulanma esaslarının İsviçre hukukunda olduğu gibi anlaşılması, özellikle dış ilişkideki sorumluluğun ve miktarının belirlenmesi bakımından sebebiyet ve kusurun derecesinin gözönünde bulundurulması, Borçlar

⁶³¹ **Böckli** (2004); § 18, Rn. 520: Meseleyi genel hüküm olarak düzenleyen Art. 148/I OR'da ise, iç ilişki bakımından prensip itibarıyla eşit paylaşım öngörülmektedir.

⁶³² **Böckli** (2004); § 18, Rn. 521; **Bärtschi**, s. 121: Ayrıca dış ilişkide kabul edilen sorumluluk tavanı, iç ilişkide uygulanmamaktadır. **Vogt**, s. 54.

⁶³³ **Müller**, Roland/**Lipp**, Lorenz, Der Verwaltungsrat, Zürich, 1994, s. 241; Benzer yönde **Honsell**, Heinrich, Solidarität und Rückgriff bei der aktien-rechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Melangés En L'Honneur de Carlo Augusto Cannata, Basel, 1999, s. 380 (**Akdağ-Güney** s. 198'den naklen)

Kanunu'nun 43 ve 44. maddesinde yer alan nedenlerin dikkate alınması gerekmektedir⁶³⁴.

Tasarı Gerekçesinde ilkenin uygulanmasına ilişkin esaslar örnekler verilmek suretiyle açıklanmaya ve uygulama açısından belirlilik oluşturulmaya çalışılmaktadır. Bu kapsamda farklılaştırılmış teselsül ilkesini oluşturan 557. maddenin ilk fıkrası hakkında ilkeler oluşturularak, uygulamanın bu ilkelere riayeti hedeflenmektedir.

Öğretide *Güney*, Tasarı Gerekçesinde verilen bazı örneklerin, hatalı yorumlara yol açabileceği ve tasarıyı hazırlayanların, farklılaştırılmış teselsül ilkesini doğru anlayamadığı kanaatini doğurduğu⁶³⁵ ve hatta yürürlükteki hukuku bilmedikleri⁶³⁶ gerekçesiyle oldukça ağır şekilde eleştirmektedir. Kanaatimizce eleştiriler, eleştiride bulunan yazarın kavramlara yüklediği anlamdan, örneklerde hangi ihtimallerin esas aldığından bilinmemesinden ve sorumluluğun unsuru olan kusur ve illiyet bağının birbirine nüfuz eden özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de kavramlara yazarın verdiği anlamın yüklenmesi halinde, eleştiriler haklı kabul edilebilir. Ancak Gerekçede belirtilen hususların, yazarın bu tabirlere yüklediği anlamdan farklı şekilde anlaşılması mümkündür⁶³⁷.

Tasarı Gerekçesinde verilen örnekler, yasa metninden ne anlaşılması gerektiğini somutlaştırmayı hedeflemektedir ve bu anlamda isabetlidir. Ancak bu kurumdan net olarak neyin anlaşılması gerektiğinin daha basit örneklerle açıklanması, meselenin somutlaştırılması bakımından daha isabetli olurdu. "Tüm zarar" ya da "zararın tamamı" kavramları, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması bakımından oldukça önemlidir⁶³⁸. Kavram, birden fazla kimsenin aynı ya da farklı hukuki sebeplere dayalı olarak bir zarardan sorumlu tutulmasını kapsayan bir içeriktedir. Şirketin toplam zararının,

⁶³⁴ **Pulaşlı**, (Özen Yükümü, 2009), s. 45 vd.

⁶³⁵ **Akdağ-Güney**, s. 200

⁶³⁶ **Akdağ-Güney**, s. 200 son paragraf

⁶³⁷ Örneğin *Akdağ-Güney*, Tasarı Gerekçesinin 260. sayfasında yer alan "*nedensellik ilkesi dışında sorumlu tutulmaktadır*" kavramını, yönetim kurulu üyesinin zarar bakımından illiyet bağı olmaksızın sorumlu tutulacağı şeklinde yorumlamaktadır (**Akdağ-Güney**, s. 202). Ancak bu deyim, zararlar davranış arasındaki bağı zayıf olması halinde sorumluluk miktarının düşük tayin edilebileceği anlamını da kapsamaktadır ve gerekçede bu anlamda kullanılmıştır.

⁶³⁸ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pulaşlı**(2009), s. 46 vd.

müşterek bir davada talep ediliyor olması, tek başına yeterli değildir. Belirleyici olan, ortak bir zarardan, birden fazla kimsenin hukuken beraberce sorumlu tutulabiliyor olmasıdır.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesinin doğurabileceği sakıncalar, mahkemelerin iş yükünü artırması, iki aşamalı dava süreci ve bu davalarda zarardan sorumluluk oranlarının belirlenmesindeki güçlükler nedeniyle dava sürelerinin uzaması olacaktır.

4. Tasarının Yasalaşması Halindeki Durum

Tasarının bu haliyle yasaşması sonrasında, Bankacılık Kanununda yer alan sorumluluk hükümleri bakımından, farklılaşmış teselsüle ilişkin düzenlemenin uygulanıp uygulanmayacağı tartışması gündeme gelecektir.

Bu sorunun çözümü bakımından, normlar arası koordinasyona ilişkin esasların uygulanması gerekir. Bu koordinasyon ilişkisinde, Bankacılık Kanunu düzenlemesinin, özel kanun olma özelliğinin dikkate alınması gerekir. Bankacılık Kanununda düzenlenen sorumluluğa ilişkin madde, savunduğumuz görüşe göre yöneticiler arasında müteselsil sorumluluk ilişkisine olanak vermemektedir. Bu nedenle Bankacılık Kanunu'nun bu düzenlemesini özel kanun olarak kabul etmek gerekmektedir. Özel kanunun müteselsil sorumluluğa izin vermediği hallerde, önceki kanun, sonraki kanun tartışması yapılması sözkonusu olamaz. Bankacılık Kanunu dışı karşı olan sorumluluk bakımından, verilen zararlar sınırlı sorumluluğu kabul etmektedir. Müteselsil sorumluluk hakkında bir düzenleme bulunmasa dahi, özel hükümdeki sınırlı sorumluluk esasının bizatihi kendisi, müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmektedir. Bu nedenle mevcut haliyle banka yöneticilerinin sorumluluğunun, müteselsil sorumluluk olmadığını ve müteselsil sorumluluğa ilişkin genel hükümlerin uygulanamayacağını kabul etmek gerekmektedir.

Sonradan çıkan kanun, bankacılık kanununda yapılan düzenlemeye özel bir müdahalede bulunarak onun yerine geçmiyor ya da hükümlerini etkilemiyorsa, sonraki kanun, o konuya ilişkin olarak uygulanma kabiliyeti

bulamaz. Bu nedenle, farklılaşmış teselsüle ilişkin düzenlemenin, banka yöneticilerinin sorumluluğu bakımından da özel bir düzenleme olup olmadığının tartışılması gerekir. Yukarıda ifade edildiği gibi, zararla sınırlı sorumluluk kavramı, müteselsil sorumluluğun bünyesine yabancıdır. Ancak farklılaştırılmış teselsülün sözkonusu olduğu hallerde, verilen zararla sınırlı sorumluluk ve müteselsil sorumluluk ilişkisinin birbiri ile bağdaşıp bağdaşmadığının özel olarak incelenmesi gerekir. Dış ilişkide tesbit olunan sorumluluk miktarınca, birlikte zarara sebebiyet verenlerin müteselsil borçlu olması, farklılaştırılmış teselsülde mümkündür. Ancak Bankacılık Kanunu'nda öngörülen sınırlı sorumluluğun mahiyeti, farklılaştırılmış teselsülde öngörülen dış sorumluluğun mahiyeti ile bağdaşmadığından, bu soruya olumsuz cevap vermek gerekmektedir. Bankacılık Kanunu'nda yer alan sorumluluk düzenlemesi, her bir sorumlunun sebebiyet verdiği zarar miktarının tek tek belirlenmesini ve bu miktar uyarınca sorumlu tutulmasını gerektirir. Oysa farklılaştırılmış teselsülde, her bir sorumlunun zarara sebebiyet etkisi dikkate alınmak suretiyle, toplam zarardan sorumlu olması gereken miktara göre sorumluluk belirlenir. Somut bir örnekle ifade etmek gerekirse, Bankacılık Kanunu'nun öngördüğü düzenlemede iki yönetici kasten 100 birimlik ortak zarara sebebiyet vermişse ve somut olay şartlarına göre aynı oranda zarardan sorumlu tutulmaları gerekiyorsa, her biri 50 birimden sorumlu olacak ve toplamda (50x2) 100 birimlik zarar tazmin edilecektir. Alacaklının her bir sorumludan talep edebileceği miktar 50 birimdir. Oysa aynı şartlar altında farklılaştırılmış teselsülde, her bir yönetici 100 birimin tamamından müteselsilen sorumlu olacaktır. Bu ihtimalde alacaklı, her bir sorumludan 100 birimi tahsil edene kadar talepte bulunabilecek, dilerse borçlulardan sadece birinden bu alacağı tahsil edebilecektir. Bu bakımdan, Bankacılık Kanunu'ndaki düzenleme ile farklılaştırılmış teselsüle ilişkin düzenlemenin, mahiyeti itibariyle beraberce uygulama kabiliyetinden yoksun olduğunu kabul etmek gerekir. Bankacılık Kanunu'ndaki düzenleme mahiyeti itibariyle özel kanun niteliği taşıdığından, sonraki kanun önceki kanun tartışmasına izin vermez ve tasarının yürürlüğe

girmesi, farklılaştırılmış teselsülün, Bankacılık Kanunu'nda öngörülen sorumluluk bakımından uygulanmasına imkan veremez.

C. Bankacılık Kanunu Düzenlemesi ve Teselsülün Uygulanması Sorunu

Birden fazla kimsenin zarara sebebiyet verdiği hallerde Bankacılık Kanununda müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde Bankacılık Kanunu Gerekçesi de sorunun çözümüne yarayacak içerikte değildir.

Hukukumuzda 4389 sayılı Kanun'da tanzim edilen sorumluluk hükmüne (m.17) kadar, yöneticilerin verdikleri zararlarla sınırlı sorumlu olacaklarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Zararla sınırlı sorumluluk ilkesini oluşturan 4389 sayılı Kanun'un 17. maddesi gerekçesinde;

“3182 sayılı Bankalar Kanununun 69 uncu maddesi, uygulamada karşılaşılan sorunlar dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Kurul, yaptıkları işlemler nedeniyle mevduat kabul ve bankacılık işlemleri yapma yetkisinin kaldırılmasına neden oldukları tespit edilen banka yönetim kurulu üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imzaları bankayı ilzam eden mensuplarının şahsi iflaslarını istemeye yetkili kılınmıştır. Ortakların sorumlulukları ise bankanın yönetim ve denetim hâkimiyeti ve menfaat temini şartlarına bağlanmak suretiyle sağladıkları menfaatler ile sınırlandırılmış, ayrıca 8 inci maddenin (4) numaralı fıkrası uyarınca ortaklık hakları sınırlandırılan veya hisseleri Fona devrolunan ortakların da bankanın iflası aranmaksızın şahsi iflaslarının istenmesine imkân sağlanmıştır.”

açıklaması yer almaktadır. Gerekçe'de, yöneticilerin sorumluluğunun, niçin verilen zararlarla sınırlandırılmış olduğu hakkında bir açıklama bulunmamaktadır. İlgili maddenin meclis görüşmeleri incelendiğinde, mesele

üzerine bir milletvekili tarafından dikkat çekildiği, ancak tartışmaların yoğunlaşmadığı anlaşılmaktadır⁶³⁹.

Öğretide ise konu hakkında farklı görüşler savunulmaktadır. Bir görüşe göre kanuna aykırı karar ve işlemleri birlikte yapan mensuplar, bunun neticelerinden müteselsilen sorumlu olacaklardır. Müteselsil sorumluluğun dayanakları bakımından ise fikir birliği bulunmamaktadır. Bu görüşü savunanların bir kısmına göre, müteselsil sorumluluk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesine dayanmaktadır⁶⁴⁰. Sorumluluğun müteselsil olduğu görüşünü destekleyen yazarların bir kısmı ise, gayi yorumu gerekçe olarak kullanmakta ve her ne kadar Bankacılık Kanunundaki bu düzenlemenin müteselsil sorumluluğu dışladığı düşüncesi hasil olsa da, düzenlemenin amacının kötüniyetli ve kusurlu sorumlular karşısında fonun yararlarını korumak olduğu, bu nedenle sorumluluğun müteselsil olduğunun kabulü gerektiğini savunmaktadır⁶⁴¹.

Sorumluluğun niteliğini değerlendiren başka bir görüş, buradaki sorumluluğun müteselsil olabileceğini kabul etmekle birlikte, her bir sorumludan talep edilebilecek olan miktarın, "bankaya verdiği zarar" ile sınırlı olduğunu⁶⁴², müteselsil sorumluluk mevzubahis olsa bile, münferit olarak her

⁶³⁹ Meclis görüşmeleri sırasında *Ahmet İyimaya*, birlikte sorumluluğun mahiyetinin açıklanmadığına vurgu yapmak suretiyle bu eksikliğin giderilmesini, şu sözleriyle dile getirmiştir. "...*Bundan başka, buradaki sorumluluğun türü, zincirleme midir; yoksa, bağımsız, ferdî sorumluluk mudur; bu kategori de buraya girmemiş. Borçlar Kanunu veya diğer kanunların genel hükümlerine göre, sorumluluğun -eğer, özel hükümde düzenliyorsanız- zincirleme olmadığı sonucuna varırsınız; gerçekten, bir başka yolsuzluk maddesi olarak bunu tedvin edebilirsiniz. Onun için, benim, şahsen, geçen dönemde de, kalkıp, yasama tasarrufu sırasında maddelerde müdahale olmamıştır; ama, bu, Bankalar Kanunudur. Bankalar Kanunu, bir güven kanunudur; sistemi denetleyen ve sistemi idare eden mekanik bir kanundur. Yolsuzlukların önlenmesi de, bugün, artık, programlara temel olarak girdiğine göre, bunun, gerçekten, sorumluluk hukukunun ulaştığı çağdaş seviyeyi ve anlam bütünlüğünü içerecek şekilde -benim, Sayın Bakanımızdan veya Bakanlar Kurulundan ricam- bu akşam, hiç olmazsa, İçtüzüğü'nün ilgili maddesine göre, maddeleri atlayarak görüşülmesi mümkündür. Yeniden düşünüp, doğruca ve sorumluluk hukukunun tüm prensiplerini ve yasama tasarrufunda varlığı gereken yolsuzluğu önleme niteliğini de içerecek şekilde kaleme alınmasını diliyorum...*" Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, Yasama yılı 1, 17. Birleşim, 17.6.1999.

⁶⁴⁰ **Reisoğlu**, s. 1371; **Ahıcı**, s. 1057; **Akdağ-Güney**, s. 211,212. Yazar bu halde yönetim kurulu üyelerinin müteselsilen sorumlu olması için birlikte zarara sebebiyet vermeleri gerektiğini ve teselsülün BK.m. 50'den kaynaklandığını savunmaktadır.

⁶⁴¹ **Battal**, Ahmet, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara, 2006, s. 356

⁶⁴² *Taşdelen* ise, sorumluluğun müteselsil nitelikte olup olmadığı tartışmasına girmeksizin, sadece sorumluluğun niteliği hakkında değerlendirmede bulunmaktadır. Yazara göre, ilk kez 4389 sayılı kanunla birlikte, yöneticilerin sorumluluğu bakımından miktar sınırına yer verilmiştir. Bu düzenleme

bir yöneticinin verdiği zararın tesbit edilip, bu miktar üzerinden iflasın talep edilebileceğini savunmakta⁶⁴³ ve sistemin ana hatları itibariyle farklılaştırılmış teselsül ilkesine yaklaştığını kabul etmektedir⁶⁴⁴.

Kanaatimizce öncelikle Bankacılık Kanunu'nda öngörülen düzenlemenin ilgililerin sorumluluğu bakımından nasıl bir sonuç doğurduğu ve teselsül ilişkisi hakkında bir çözüm sağlayıp sağlamadığı incelenmeli ve değerlendirmeler buna göre yapılmalıdır.

Bankacılık Kanunu'nun şahsi sorumluluğa ilişkin düzenlemesi, "...bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak..." ilgililerin sorumlu olacağını öngörmektedir. Bu düzenlemenin iki anlama gelecek şekilde yorumlanması sözkonusu olabilir. İlkin denilebilir ki, bu düzenleme kullandığı çoğul ifade nedeniyle, bir ya da birden fazla zararın sözkonusu olduğu hallerde, zarar veren kimselerin verilen bu zararla sınırlı olarak sorumluluğunu düzenlemeyi hedeflemektedir. Buna gerekçe olarak da, önceki yasalarda böyle bir sınırlama olmadığından, ilgililerin tüm banka zararından sorumlu tutulduğu gösterilebilir. Böyle bir yorum halinde, aynı zarardan birden fazla kimsenin sorumlu olduğu hallerde, bu kimselerin bu zarardan beraberce sorumlu tutulması gerekir. Bu durumda, mevcut düzenleme teselsül ilişkisini de etkilemediğinden, boşluk bulunan hal nedeniyle genel hükümler uyarınca şartları varsa müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulama kabiliyeti bulması düşünülebilir (Bank.K m. 2/son). İkinci olarak Bank.K m. 110'da yer alan ve ilgililerin bankaya verdikleri zararlarla sınırlı sorumluluğu öngören düzenlemenin, ilgilinin münhasıran kendisinin sebebiyet verdiği zararla sınırlı olarak sorumlu tutulmasını öngördüğü yorumu yapılabilir.

Kanaatimizce bu yorumlardan ikincisinin, ilkinin tercih edilmesi gerekir. Çünkü ilk yorumun kabul edilmesi halinde, Bankacılık Kanununda zararlarla sınırlı sorumluluğun öngörülmesinin herhangi bir anlamı kalmamaktadır. Başka bir deyişle, kanunda böyle bir düzenleme olmasa da, zarar verenlerin verdikleri zarardan dolayı sorumlu olması gerekir. Bunun kanun metninde

bankanın tüm zararı için değil, sadece "*sorumluluğuna gidilen kişinin hangi olayla ne kadar zarar verdiği*"nin tesbiti gerekmektedir. Bkz. **Taşdelen**, s. 554

⁶⁴³ **Tekinalp**, (Fondaki Banka, 2003), s. 80; **Akdağ-Güney**, s. 213

⁶⁴⁴ **Tekinalp**, (Fondaki Banka, 2003), s. 80

ayrıyeten belirtilmesine ihtiyaç yoktur. Bu nedenle verilen zararlarla sınırlı sorumluluğu öngören düzenlemeye başka bir anlam vermek gerekir ki, bu da ikinci yorumu haklı kılar. Bankacılık Kanunu'nun öngördüğü zararlarla sınırlı sorumluluk, kanaatimizce her ilgilinin kendisinin bankaya vermiş olduğu zararlarla sınırlı sorumlu olmasını gerektirir. Bu durumda, davalıların her birinin ilgili zarar bakımından etkisi dikkate alınmalı ve kusuru ile kısmi sebebiyeti gözönünde bulundurularak, o yönetici bakımından sebebiyet verdiği zararın miktarı belirlenmeli ve buna göre sorumluluğu tayin edilmelidir.

Bankacılık Kanunu, verilen zararlarla sınırlı sorumluluğu benimsemekle birlikte, teselsül ilişkisi bakımından düzenleme içermediğinden, Bankacılık Kanunu'nun mahiyetine uygun düştüğü ölçüde genel hükümlerin uygulanması gerekir ve şartları mevcutsa, müteselsil sorumluluk tesis eden normlar uygulanma imkanı bulur. Bu durumda özellikle BK.m. 50'nin uygulanmasına yönelik görüşler haklılık kazanır. Ancak Bankacılık Kanunu'nun zararlarla sınırlı sorumluluğu öngören düzenlemesi, mahiyeti itibariyle teselsül hükümlerinin uygulanmasına olanak vermez. Çünkü mahkeme her bir sorumlunun sorumlu olduğu miktarı belirlemekle yükümlüdür. Bu miktar, kural olarak, bankanın uğradığı zararın bir kısmını teşkil edecektir. Verilen zararlarla sınırlı olmayan talebi kanun himaye etmediğinden, zararın tamamının, bu zararın tamamına sebebiyet vermeyen ilgiliden talep edilmesi mümkün değildir. Yukarıda verilen örnekten hareket edilecek olursa, 100 birimlik zararın doğmasına %50'şer oranda sebebiyet veren iki yöneticinin her birinden 50 birim istenilebilecektir. 50 birimden müteselsilen sorumlu olmaları, borçluların değil, fonun aleyhinedir. 100 birimden müteselsilen sorumlu olmalarına ise, verdikleri zararı aşan bir sorumluluğun sözkonusu olması nedeniyle, kanun engel olmaktadır. Şu halde Bankacılık Kanunu'nda öngörülen sorumluluk bakımından müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanması, sorumluluğun mahiyeti ile uyumsuzdur⁶⁴⁵. Fonun başlangıçta bu zarar miktarını belirlemesi

⁶⁴⁵ Benzer değerlendirmelere için Bkz. **Çamoğlu** (Sorumluluk, 2007), s. 24; **Tekinalp**, (Fondaki Banka, 2003), s. 80,81; **Akdağ-Güney**, s. 214, 215

mümkün olmadığından, açılacak iflas davasında aynı zamanda bu miktarın tesbit edilmesi gerekir⁶⁴⁶.

Yöneticilerin sorumluluğu, gerçekleşme usulü itibariyle genel hükümlere nazaran daha ağır sonuçları içermekle birlikte, teselsül hükümlerinin uygulama kabiliyetinin bulunmadığını kabul etmek, hakkaniyet ve nısfet duyularını rahatsız etmektedir. Şahsi kanaatimiz, banka hakkında bu derece ağır sonuçların doğmasına sebebiyet verenlerin, doğrudan ya da şartların mevcut olduğu hallerde genel hükümler çerçevesinde müteselsilen sorumluluğunun kabul edilmesidir. Ancak olması gereken hukuka yönelik temenniler, yasal düzenlemenin uygulanmasına hukuki açıdan engel teşkil edemez.

III. HAKİM ORTAK-YÖNETİCİ SORUMLULUĞU İLİŞKİSİ

Bankacılık Kanunu hakim ortaklara menfaat temini amacıyla işlem yapılması ve karar alınması halinde, menfaat temin eden ortakların, temin ettikleri menfaatle sınırlı olarak sorumluluğunu öngörmektedir (Bank.K m.110/I). Ancak kanun, verilen zarardan dolayı, buna sebebiyet veren yönetici ve hakim ortak bakımından sorumluluk ilişkisini düzenlememektedir. Bu durumda öncelikle bu zarardan yöneticinin sorumlu olup olmadığı sorununun incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca yöneticilerin sorumluluğunun kabul edilmesi halinde, verilen zararlar sınırlı ferdi sorumluluk esasının mı, yoksa müteselsil sorumluluk esasının mı kabul edileceği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Hakim ortaklara sağlanan menfaatten, yöneticilerin sorumlu olup olmadığı meselesi bakımından, yasa metni sorunu çözecek tarzda kaleme alınmıştır. Sorumluluk maddesi, sağlanan menfaatten dolayı hakim ortakların sorumlu olduğunu hükme bağlarken, zarardan sadece hakim ortağın sorumlu olmadığını da vurgulamaktadır⁶⁴⁷. Sorumluluğa temel teşkil eden işlem ya da kararlar, yöneticiler tarafından tesis edildiğinden, hakim ortağın yanında

⁶⁴⁶ Akdağ-Güney, s. 215; krş. Tekinalp, (Fondaki Banka, 2003), s. 81

⁶⁴⁷ Bank.K m. 110/I hükmünde hakim ortakların sorumluluğu, "...ortaklar hakkında da...uygulanır." şeklinde düzenlendiğinden, hakim ortakların bu zarardan sorumlu olanların sadece bir tarafını teşkil ettiğini göstermektedir.

sorumluluğu sözkonusu olan diğer kimse ya da kimselerin yöneticiler (ve denetçiler) olduğunu tabi olarak kabul etmek gerekir. Dolayısıyla hakim ortaklar yanında yöneticiler de sağlanan menfaat bakımından hukuki sorumluluk altındadır.

Hakim ortakların sorumlu oldukları miktar, temin edilen menfaatle sınırlıdır (Bank.K m. 110/I). Yöneticilerin hukuki sorumluluğu ise, bankaya verdikleri zarara göre hesap edileceğinden, bu miktarı aşan bir sorumluluk sözkonusu olabilir (Bank.K m.110/I,1). Menfaat temini, kural olarak, menfaat temin eden yöneticinin bu yönde kastını ve hakim ortakla işbirliğini gerektiren bir haksız fiil teşkil edeceğinden, yönetici ve hakim ortağın müteselsil sorumluluğu ihtimali akla gelecektir (BK.m.50). Ancak varılan bu sonuç, yöneticinin tek bir kişi olması ihtimalinde geçerlidir.

Yönetici sayısının birden fazla olduğu durumlarda ya da menfaat temininde denetçilerin de kusurunun bulunduğu hallerde, müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanması bazı sorunları gündeme getirmektedir. Mesele somutlaştırılacak olursa; Banka hakim ortağı olan H'ya, yöneticiler A ve B tarafından sırayla %50 oranda kusuru ile 100 birimlik menfaat temin edilmiştir. Kanaatimizce böyle bir ihtimal, müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanmasına engel değildir. Çünkü yöneticilerin sorumluluğunda olduğu gibi, borcun borçlular arasında paylaşılmasını gerektiren bir düzenleme mevcut olmayıp, gerek yöneticiler, gerekse hakim ortak, temin edilen menfaat miktarınca beraberce hukuki sorumluluğa tabidir. Dolayısıyla 100 birim için hem yöneticiler hem de hakim ortak müteselsilen sorumluluk altındadır. Ancak yöneticilerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen Bank.K m.110/I, borcun tamamı bakımından yöneticilerin hukuki sorumluluğuna olanak vermemekte, verilen zararlarla sınırlı olarak sorumluluğu öngörmektedir. Başka bir deyişle, mevcut düzenleme hem müteselsil sorumluluğa izin vermekte, hem de müteselsil sorumluluğun taraflarından biri olan yöneticilerin, verdikleri zararlarla sınırlı olarak sorumlu olacağını öngörmektedir. Bu düzenlemelerin birbiriyle telif edilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, işin mahiyeti müteselsil sorumluluğun kabulüne imkan verdiği için, yöneticilerin her birinin sebebiyet verdiği zarar miktarında hakim ortakla müteselsilen sorumlu olduğunun

kabulü gerekir. Bu durumda 100 birimlik borcun tamamından hakim ortak, 50 biriminden yönetici A, 50 biriminden de yönetici B müteselsil olarak sorumludurlar. Hakim ortağın aynı zamanda yönetici olması halinde, bu durum kendi sorumluluğuna etki etmemekle birlikte, müteselsil sorumlu diğer yöneticilerin sorumluluk miktarını sınırlayacaktır.

IV. YETKİLENDİRME HALİNDE SORUMLULUK

A. Genel Olarak

Yönetim işlerinde uzmanlaşmanın gereği olarak banka yöneticilerinin sorumluluk alanlarında olan bazı işlerde yetki paylaşımı yapmaları sözkonusu olabilir ve hatta bazı hallerde bu bir zorunluluk olarak ortaya çıkabilir. Yetkilerde bu tarz bir paylaşım olması halinde, bunun sorumluluk hukuku bakımından etkilerinin değerlendirilmesi gerekir. Yetkilendirme ve sorumluluk hukukuna etkisi bakımından, yetkilendirmenin sorumluluktan kurtulmak için kullanılabilecek bir araç olmadığına dikkat etmek gerekir⁶⁴⁸. Bu bakımdan yetkilendirmenin sorumluluğa etkisi tayin edilirken, bunun organizasyonel bir gereklilik olup olmadığı nazara alınmalıdır. Banka işlerinin tamamının bizzat yönetim kurulu ya da kanunda yönetici olarak nitelendirilen kimseler tarafından yapılmasının beklenmesi, hayatın gerekleri ile bağdaşmaz. Banka işlerinin yürütülmesi bakımından işbölümü yapılmasına ve belli işlerde belli kimselere yetki devredilmesine ve alt devirlere yasal sınırlama mevcut olmamak kaydıyla olanak vardır. Ancak hangi yetkilerin devrinin mümkün olduğu, yetki devredeninin devredilmez yetki sahasının belirlenmesi ve devrin gerekli olup olmadığı hakkında yapılacak değerlendirme ile mümkün olur. Eğer bu iki kriter bakımından yapılan değerlendirmede, devrin gerekli olduğu sonucuna varılabiliyorsa, ancak bu takdirde devrin sorumluluğu sınırlayıcı etkisinin mevcut olacağını, aksi halde keyfi olan, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayan ya da özensiz biçimde yapılan devrin, sorumluluktan kurtarıcı etkisinin olmadığını kabul etmek gerekecektir⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ Horber, Felix, Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1986, s. 115

⁶⁴⁹ Horber, s. 116

Anonim şirketler hukuku öğretisinde yetkilendirmenin, yetkilerin paylaşılması, şirket içi ya da dışından bir kimsenin yetkilendirilmesi ya da yetki devri suretiyle gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir⁶⁵⁰. Banka içerisinde yetki paylaşımı ve bunun sorumluluğa etkisi bakımından yasal düzenlemeler ilk hareket noktasını oluşturmaktadır.

Şirket içerisindeki organizasyon yapısı kural olarak serbest biçimde yapılandırılır ve yasada özel olarak öngörülen yetki paylaşımı düzenlemeleri bulunmaması kaydıyla, banka içerisinde yönetime ilişkin yetkilerin uygun görülen bir surette taksimi sözkonusu olabilir.

Yetkilendirme bakımından açık düzenleme içeren haller bakımından, yasal düzenlemelerin gereklerine riayet, ilgili düzenlemenin normatif karakterinden kaynaklanır. Hukukumuzda yetki devri ve bunun sorumluluğa etkisi bakımından özellik arzeden düzenleme, murahhas üye ya da murahhas müdür tayini haline ilişkin TTK hükümleridir (TTK m.319/II, 336/II). Murahhas üye tayinine yönelik düzenleme, banka yönetim kurulu bakımından da uygulama imkanı bulur. Ancak banka yönetim kuruluna Bankacılık Kanunu ve TTK hükümleri çerçevesinde tevdi edilen ve devredilmez karakter taşıyan görevler bunun dışındadır⁶⁵¹.

Yetki devrinin sözkonusu olduğu hallerde, kendisine yetki devredilen murahhas üye, tevdi edilen görevler bakımından tek yetkili ve aynı zamanda sorumludur. Yetki devri, sorumluluktan kurtarıcı bir etkiye sahiptir. Ancak sözkonusu sorumsuzluk mutlak değil, nisbidir (TTK m. 319/II). Devre rağmen bir kurul olarak yönetim kuruluna ait bulunan bazı görevlerden dolayı sorumluluk devam eder, ki bunlar murahhasın seçiminden, ona talimat vermektен ve onu gözetimden kaynaklanan sorumluluktur⁶⁵². Öğretide bir yandan yetki ve sorumluluk arasında denge sağlamaya, diğer yandan üst yönetim ve üst gözetimin devredilmez bir yönetim fonksiyonu olmasına dayalı

⁶⁵⁰ **Forstmoser**, (Verantwortlichkeit, 1987), s. 114, Rn. 319; Bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 37, N 37 ff.; **Horber** ise OR Art. 717 hükmüne dayalı olarak “devir” ve “paylaşım” şeklinde öğretilde yapılan bu ayırımı gereksiz bir ayırım olduğunu belirterek, bu kavramları aynı anlama gelecek şekilde yorumlamaktadır. Bkz. **Horber**, s. 82

⁶⁵¹ Öğretilde yönetim kurulunun devredilmez görevlerine ilişkin değerlendirmeler bakımından Bkz. **Forstmoser**, (Verantwortlichkeit, 1987), Rn. 324 vd.

⁶⁵² **Forstmoser**, (Verantwortlichkeit, 1987), s. 115, Rn. 321

olarak, yöneticilerin bu yükümlülüğü bakımından, “özen yükümünün spesifikleşmesi” ya da “spesifik özen yükümü” tabirleri kullanılmaktadır⁶⁵³. Yetki devrine cevaz veren düzenleme, sadece yetkilerin ne ölçüde devredilebileceğinin değil, aynı zamanda sorumluluğun ne ölçüde sınırlandırılabilirliğinin de bir göstergesidir⁶⁵⁴.

Yetki devri yerine, olağan işlerin yürütülmesi bakımından yöneticilerin görevlendirildiği hallerde, TTK'nın müdürlere ilişkin düzenlemelerinin doğrudan ya da kıyasen uygulama kabiliyeti bulması gerekir. Buna göre yönetim kurulu müdürlerin faaliyetlerinden dolayı hukuki olarak sorumluluğa tabi değildir. Ancak bu sorumsuzluk hali yetki devrindeki gibi nisbi bir nitelik arzeder ve müdürlerin seçimi, onlara nezaret edilmesi ve yetkili olmadıkları hususlar bakımından görevlendirilmesinden dolayı yönetim kurulu üyelerinin kusura dayalı sorumluluğu devam eder (TTK m. 346).

Müdür olarak nitelendirilsin ya da nitelendirilmesin, yönetim kurulu tarafından herhangi bir kimsenin işlerin görülmesi bakımından yetkilendirilmesi halinde, bunun sorumluluğa olan etkisi bakımından, devrin niteliği gözetilmek suretiyle değerlendirme yapılması gerektiği savunulmaktadır. Bu kapsamda İsviçre hukukunda yetki devrine ilişkin düzenlemenin gayesinden hareketle, yapılan devrin, ilgili kimseye organ niteliği kazandırıp kazandırmamasına göre bir ayırım yapılmaktadır. Eğer devir, ilgili kimseye organ niteliği kazandırıyor, bu devir sorumluluktan kurtarıcı etkiye sahiptir. Aksine bir durum sadece yardımcı şahıs görevlendirilmesi olarak değerlendirilip, bunun ilgili kimsenin sorumluluk durumunda bir değişiklik meydana getirmeyeceği kabul edilmektedir⁶⁵⁵. Benzer bir durumun banka yöneticileri bakımından da kabulüne olanak vardır. Çünkü Bankacılık Kanununda yönetici olarak nitelendirilen kişiler, büyük ölçüde organ olarak nitelendirilebilecek kişilerle büyük ölçüde örtüşmektedir.

⁶⁵³ **Horber**, s. 113 vd. *Horber*, bu durumu herkesin kendi kusuru için sorumlu olacağı ilkesi ile meşrulaştırmaktadır. Bkz. **Horber**, s. 115

⁶⁵⁴ **Horber**, s. 114

⁶⁵⁵ Krş. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 37, N 39

Kanaatimizce yetki devrinden kaynaklanan sorumluluk bakımından, yetkiyi devredenın seçme, talimat verme ve nezaretten kaynaklanan spesifik özen yükümü, bankaların organizasyon yapısıyla birlikte değerlendirilmeli⁶⁵⁶ ve bankanın işletme büyüklüğü ve yasada düzenlenen organizasyon yapısına ilişkin esaslar gözönünde bulundurulmalıdır. Şu halde yardımcı şahsın görevlendirilmesi hali haricinde, yetkilendirmenin sözkonusu olduğu hallerde, kural olarak devir sadece yetki devredilen kimseyi seçme, ona talimat verme ve nezaret etmede kusurun bulunması halinde sorumluluğu gerektirmektedir⁶⁵⁷. Bu açıdan bahsi geçen hallerin özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

B. Yetki Devri Halinde Yöneticilerden Beklenen Özen

1. Seçmede Özen: Cura in Eligendo

Yetki devri halinde yöneticilerden ilk olarak yetki devri yapılacak kimsenin seçiminde gerekli özeni göstermeleri beklenir. Bankacılık Kanunu bu alanda çoğu halde müdahalede bulunarak, seçilen kimsenin gerekli ehliyet, kabiliyet ve tecrübeye sahip olması için gerekli nitelikleri belirlemektedir. Ancak Bankacılık Kanunu'ndaki bu tarz düzenlemeler, asgari gereklilikler olarak değerlendirmelidir. Nitelikleri yasal olarak belirlenmeyen yöneticiler bakımından da dürüstlük kuralı⁶⁵⁸ ve devrolunacak yetkinin mahiyetine göre görevlendirme yapılmalıdır.

Seçimde özenden doğan sorumluluğun tabii gereklerinden birisi de, organizasyonu sürekli gözetmek ve gerekli niteliklere sahip olmadığı anlaşılanları görevden uzaklaştırmaktır⁶⁵⁹. Başka deyişle yetki devredilecek şahsın seçiminde özen gösterilmesi, durağan bir yükümlülük değildir ve sürekli olarak devredilen yetki bakımından yeterliliğin takip edilmesini de kapsar.

⁶⁵⁶ Horber, s. 115,116

⁶⁵⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 37, N 38

⁶⁵⁸ Lanz, Paul Ulrich, Die Delegation der Befugnisse des Verwaltungsrats, Bern, 1969, s. 59. Yazar seçimde iyiniyetli davranmış olmanın, sorumluluktan kurtarıcı etkiye sahip olduğunu vurgulamaktadır.

⁶⁵⁹ Horber, s. 117

Öğretide genel kurul tarafından seçim yapılan hallerde, yönetimin seçime ilişkin yetkisini kaybettiğinden, bu husustaki sorumluluğunun mevcut olmadığı kabul edilmektedir⁶⁶⁰. Bu görüş, genel olarak makul ve kabul edilebilir nitelik taşımakla birlikte, sorumlusuzluğu meşrulaştırmak amacıyla kullanılamaz. Yönetim işlerine ilişkin olarak sorumluluğun yöneticilere tevdi edilmesi, yönetim yetkilerine dayanır. Genel kurulun yönetim işlerini yürütmesi, kural olarak, düşünülmediğinden, kanun koyucu müstakil yönetim organının oluşturulması gerekliliğini kabul etmiş ve bunlara ait yetkilerin devri halinde, bunun tabii sonucu olarak sorumluluk sahasının daralmasına izin vermiştir. Sorumluluğun tamamen ortadan kalkmamasının nedeni, şirketin üst yönetimine ait sorumluluğun yönetim organına ait olmasıdır⁶⁶¹. Genel kurul bu anlamda bir yönetim organı olmadığından, yönetime ilişkin işlerin yürütülmesi ve bundan kaynaklanan sorumluluğun genel kurula ya da pay sahiplerine yüklenmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak yeterli olmayan kimselerin seçimine ilişkin karara yönetim organının katlanmasının beklenilmesi de yönetim görevi ile bağdaşmaz. Bu nedenle yöneticilerin bu tarz yetkilendirmede yapılan seçimin isabetli olmadığı hususunu yönetim kuruluna, bu kurulun da genel kurula bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Genel kurul tarafından atanmış olsa da, yetersiz kimsenin görevden alınmasının yönetim kuruluna ait bir yetki olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu sonuç, yönetim kurulunun devredilemez ve geri alınamaz üst yönetim görevinden kaynaklanmaktadır. Aksini kabul, sorumsuzluğu meşrulaştıracak bir sonuç doğuracaktır.

Kademeli seçimin sözkonusu olduğu hallerde, örneğin murahhas azanın ya da genel müdürün kendi alt birimlerini seçtiği hallerde, bu seçimden dolayı yönetim kurulu üyeleri, hukuki sorumluluğa tabi olmamalıdır, meğer ki bu kimselerin yetersizliğine ilişkin bilgiye sahip olsun⁶⁶².

⁶⁶⁰ Horber, s. 116

⁶⁶¹ Kanaatimizce sorumluluğun sebebi, yasada geçici olarak düzenlenen yetki düzeninin değiştirilmesi değil (Horber, s. 116), üst yönetime ait fonksiyonlardan biri olan (devredilecek kişileri) seçme sorumluluğunun yönetim kuruluna ait olmasıdır. Aksi halde yetki düzenini değiştiren pay sahiplerinin de hukuki sorumluluğuna gitmek gerekirdi.

⁶⁶² Lanz, s. 59

2. Talimat Vermede Özen: Cura in Instroendo

Yöneticilerden seçim haricinde talimat verme bakımından da özel özen göstermesi beklenilir. Yöneticilerin talimat verme yükümlülüğünü, biri genel diğeri özel olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Genel talimat yükümü, yetki devrolunan kimseye yetki ve görevlerinin neler olduğu, bu kapsamda hangi sınırlar içerisinde hareket edebileceği, işletme içerisindeki konumu, işletme yapısı ve diğer birimlerle ilişkisi gibi, yetki sahasını ve bunun sınırlarını gösterecek talimatların amaca uygun biçimde verilmesini gerekli kılar⁶⁶³. Bu yükümlülük, göreve başlama öncesinde ya da devam ederken ortaya çıkabilir. Devrolunan yetkilerin genel olarak, herhangi bir ihtilafa dayalı olmaksızın, nasıl ve ne yönde, hangi esaslar dahilinde kullanılacağı, yetki devrolunana bir talimatnameye dayalı olarak bildirilmelidir. Sorumluluk hukuku bakımından ilgililerin, yetkinin sorunsuz kullanımına ilişkin genel hatları çizmeleri ve sürekliliği sağlamaları yeterli kabul edilmeli, son derece teferruatlı talimatnameler oluşturmaları beklenmemelidir⁶⁶⁴.

Genel talimat vermeye yönelik bu yetki yanında, yöneticilerin bir ihtilafa ya da somut bir uygulamaya yönelik talimat verme yükümlülükleri bulunmaktadır. Spesifik olarak ortaya çıkan bir sorun ya da ihtilaf hakkında gerek yetkiyi devralanın talebi ile, gerekse böyle bir talep bulunmaksızın devreden ihtilafın çözümüne yönelik talimat verme yetkisi bulunmaktadır⁶⁶⁵. Bu talimatlar bakımından yetki devreden hukuken sorumludur. Ancak kendisi tarafından işlemin yapılmasından önce bilinmeyen hususlar bakımından, talimat verme yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varılamaz. Talimat alma konusunda ihmali bulunan kimsenin, şahsi sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmek gerekir ve bu sorumluluk yetkiyi devredene genişletilemez. Sorumluluğun bu şekilde daralmasında ölçüt iyiniyettir: Yetki devralanın ihtilafı bir sahada yetki kullanması ya da yürürlükteki mevzuata

⁶⁶³ Horber, s. 117

⁶⁶⁴ Horber, s. 118

⁶⁶⁵ Ancak genellikle kendisine yetki devredilen kişiler, devredene nazaran konusunda uzman olduğundan, bu yönde bir talimat alma girişiminde bulunması beklenilmez. Bu nedenle talimat yükümünün önem taşıyan kısmı, genel talimatların oluşturulmasına ilişkin kısımdır. Bkz. Horber, s. 118

göre kullanılmayacak bir yetkiyi kullanması, durumdan haberdar olmayan ve haberdar olmamada kusuru bulunmayan devreden sorumluluğunu gerektirmez. Ancak gözetime ilişkin sorumluluk saklıdır.

Talimat vermeden doğan sorumluluk, talimatın içeriğinin belirsiz olmasından da kaynaklanabilir. Bu tarz durumlarda, devreden yöneticiden talimatın içeriğini somutlaştıracak açıklamada bulunulması talep edilmelidir. Aksi taktirde verilen talimatın belirsizliği nedeniyle talimat vermedeki yükümlülüğün ihlali değil, yetki devredilen birimin işi gerekli özen gösterilmeksizin yapması hali sözkonusu olur ki, bundan yetkiyi devreden hukuken sorumlu olmaz.

3. Gözetimde Özen: Cura in Custodiendo

Yetki devrine rağmen yöneticilerden beklenen en önemli görev, kendisine yetki devredilenler üzerinde nezaret ve kontrol görevini yerine getirmektir. Bu yükümlülük, üst gözetim yükümünün en önemli unsurudur ve özellikle yönetim kurulu bakımından devredilemez nitelik taşır⁶⁶⁶.

Gözetim yükümünden kaynaklanan sorumluluk bakımından temel sorun, gözetim yükümünün kapsamının belirlenmesidir. Bu sorunun çözümü bakımından katı bir yaklaşımla, sorumluluk doğuran olayın tesbit edilmemiş ya da edilememiş olması, yetkiyi devreden kişi ya da birime doğrudan yükletilmek suretiyle bunların hukuken sorumlu olduğu kabul edilebilir⁶⁶⁷. Ancak bu yaklaşım, yetkiyi devreden birimin, devralanın her türlü faaliyetini denetlemesini gerektirir ki, böyle bir sonuç hayatın gerekleri ve iş hayatına hakim olan ilkeler ile bağdaşmaz. Her türlü faaliyetin denetlenmesi, yetki devreden, devre konu iş haricinde herhangi bir meşguliyetinin bulunmamasını gerektirir. Oysa bizzat bu durum, banka organizasyonu içerisinde yapılacak yetki devrine engeldir. Çünkü yetki devri, yürütülen faaliyetin bizzat yapılmasının mümkün olmadığı hallere ilişkindir. Banka

⁶⁶⁶ **Horber**, s. 118

⁶⁶⁷ İsviçre öğretisinde bu görüşü destekler mahiyette çarpıcı bir ibareye öğreti tarafından vurgu yapılmaktadır. *Horber ve Lanz* tarafından atıf yapılan *Wolfers*, yönetim kurulunun gözetim yükümüne ilişkin olarak nöbette bekleyen askerin yükümüyle paralellik kurmak suretiyle, , yönetim kurulu “kendisine yüz defa o taraftan asla tehlike gelmeyeceği söylene de, ciddi şekilde dikkat etmek zorundadır” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. **Horber**, s. 120, dn. 643; **Lanz**, s. 61

yöneticilerinin yasal ve ticari alandaki görevlerinin genişliği, ne devre konu işi bizzat yapmaya, ne de yapılan tüm faaliyetleri denetlemeye olanak verir. Bu nedenle yetki devrinin olduğu hallerde, devralan tarafından ika edilip zarar doğuran bir işlem ya da eylemden, devreden salt gözetim yükümüne dayalı olarak sorumluluğunun bulunduğunu kabul eden anlayış, savunulabilir nitelikte değildir.

Buna karşın yetki devri halinde, devreden yasal gözetim yükümlülüğünün bulunmamasına dayalı olarak sorumsuzluğunu savunan görüş de ikna edici değildir⁶⁶⁸. Çünkü gözetim yükümüne ilişkin düzenlemeler bankacılık mevzuatında yer almaktadır (Bank.K m. 24/l).

Yetki devrinde gözetimin kapsamı sorunu bakımından en makul çözüm, sınırlandırılmış bir gözetim yükümünün kabul edilmesidir. Yetkiyi devreden, işletme faaliyetlerinin kapsamı ve organizasyon yapısı nazara alınmak suretiyle dürüstlük kuralı çerçevesinde gözetim yükümünün kapsamının belirlenmesi gerekir⁶⁶⁹. Bu ölçütler, devreden, yetkiyi devralan tarafından yürütülen her türlü işi gözetim ve kontrol altında tutmasını dışlar. Devralanın faaliyetlerini kontrol edecek düzenli ve sistemli bir denetim organizasyonunun oluşturulması yeterli kabul edilmeli ve bu denetim birimi vasıtasıyla faaliyetler hakkında düzenli olarak raporlama yapılması sağlanmalı, raporlar özenle incelenmeli, teknik ve sair bilgi yetersizliği halinde uzmanlardan yardım alınmalıdır⁶⁷⁰. Ancak şüpheli durumlarda, haberdar olunan özel gelişmelerin varlığında ya da denetleyen birim tarafından sunulan bilgilerin güvenilirliğini sorgulatacak makul sebeplerin varlığı halinde, gözetim yükümü özel denetimlerin yapılmasını gerekli kılar.

Kanun koyucu bankalardaki nezaret yükümünün ifasına önem vermekte ve banka denetiminde sürekliliği sağlamak amacıyla özel bazı birimlerin kurulmasını öngörmektedir. Bu birimlerin kurulması yasal zorunluluk olup, aksine davranış, gözetim yükümünün spesifik olarak tanzim edilmiş bir parçasının ihlali anlamını taşır. Bu birimlerin, asgari olarak yasada

⁶⁶⁸ Tekinalp, (Fondaki Banka, 2003), s. 78

⁶⁶⁹ Horber, s. 121

⁶⁷⁰ Horber, 121,122

öngörülen kapsamda olmaması ve halin icabının gerektirdiği olağan tedbirlerin alınmaması, yöneticilerin organizasyona ilişkin özen yükümlerinin ihlalini ifade eder. Ancak yasal gerekliliklere uyulmuş ve gerekli tedbirler alınmasına rağmen, yine de banka içerisindeki bu denetim birimlerinin tesbit etmesi mümkün olmayan işlem ve kararların alınması ya da faaliyetlerin bulunması halinde, ancak o işlem ya da kararı alan ve onun doğrudan bağlı olduğu yönetim birimi bakımından bir sorumluluk sözkonusu olabilir. Yöneticileri yapılan tüm işlemlerden dolayı sorumlu tutmak, yetki devrinin amacı ve ondan beklenen fayda ile açıklanamaz⁶⁷¹.

Yapılan açıklamalardan çıkan sonuç, bankacılık faaliyetinde bulunan işletmede, yetki devri halinde gözetimden kaynaklanan sorumluluğun, gözetim yükümünün kapsamına göre belirleneceğidir. Bu kapsam ise, işletme faaliyetleri, yapısı, iş hacmi, devredilen yetkinin kapsamı gibi etkenler nazara alınmak suretiyle dürüstlük kuralına göre belirlenir. Bankacılık mevzuatında öngörülen denetim yapısının oluşturulması ve durumun gerektirdiği hallerde ek kontrollerin yapılması, yetki devredenin gözetim yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından yeterli kabul edilecektir. Bu halde yetki devredenin gözetim yükümünün esas kapsamını, denetim birimlerinin denetlenmesi olduğu sonucuna varılır. Sözkonusu denetim bakımından da makul bir yöneticiden beklenen özenin gösterilmesi yeterli kabul edilmelidir. Banka hukukunda, gözetim yükümünden kaynaklanan sorumluluğu, kusursuz sorumluluk seviyesine ulaştıracak bir anlayışa yer bulunmamaktadır.

C. Tasarıda Öngörülen Düzenleme

TTK Tasarısı 553. maddesinde yöneticilerin sorumluluğunu düzenlemekte ve yetki devrinden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin özel bazı hükümlere yer vermektedir. Tasarı Gerekçesinde, düzenlemenin esin kaynağının İsviçre Borçlar Kanunu'nun 754. maddesi olduğu vurgulanmakla birlikte, belirli yönlerden İsviçre hukukundaki düzenlemelerden ayrıldığı ifade olunmaktadır.

⁶⁷¹ Horber, s. 116

TTKT m.553/II,III hükmüne göre;

.....

(2) Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde akla yatkın derecede özen gösterdiklerini ispat ettikleri takdirde, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmaz.

(3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 754/II. maddesine göre;

*Bir görevin ifasını usulüne uygun biçimde başka bir organa devreden kimse, bu organın verdiği zararlardan, onu seçme, ona talimat verme ve nezaret etmede durumun gerektirdiği özeni gösterdiğini ispatlayamadığı takdirde sorumlu olur*⁶⁷².

⁶⁷² Wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, haftet für den von diesem verursachten Schaden, sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat. Kanun gerekçesinde, bu düzenleme şu ifadelerle açıklanmıştır. (Bkz. Botschaft über die Revision des Aktienrechts, BBl. 1983 II 848 ff.) “Anonim şirket yönetim ve idare organlarının sorumluluğu organizasyon yapılanması ile sıkı bir bağlantı içindedir. İşletmesel görevlerin ifası, idare görevlerinin bölünmesini ve münferit işlev taşıyıcılara tevdiini gerektirir. Bu, yeniden yetkilerin alt organlara delegasyonunu gerektirir. Şirketsel sorumluluk bakımından bu durum, bu tarz bir yetki paylaşımının hangi koşullar altında ve hangi ölçüde münferit organların sorumluluğuna etki edeceği sorununun gündeme getirir. Öğretide OR 722/I,3 de yer alan gözetim görevi haricinde yönetim kurulunun bütün idare işlevlerini sorumluluğunu sınırlayacak şekilde delege etmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Ancak öyle bir devirde de seçme, talimat verme ve nezaret etmedeki özenden dolayı sorumluluğu devam etmektedir. Bu görüşün doğruluğunu teyit eden bir federal mahkeme kararı halen bulunmaktadır.

Ancak talimatname ve esas sözleşmeye uygun her yetki delegasyonuna sorumluluğu sınırlayıcı etki tanımak, amacı aşmaktadır. Bu tür bir durum özellikle dışarıda bulunan sorumluluk davası davacısını güç bir durumda bırakır. Çünkü o organizasyonun hiyerarşik yapısını ve münferit işlev taşıyıcıların yükümlülük listesini bilemez. 716a maddesi hangi yönetim kurulu görevlerinin devredilemeyeceğini belirtmek suretiyle onun durumunu düzeltmiştir. Görev düzeniyle sorumluluk kuralı arasındaki sıkı bağlantı ve organizasyonla sorumluluk arasındaki bağ, ancak bir yandan organizasyon yapısının üçüncü şahıslara açıklanması (716b/II,2), diğer yandan onlara olayların önceki gidişatı bilmelerinin (olayların öncesinin belirginleştirilmesi halinde) mümkün kılınması (697a ff) halinde görev paylaşımına sorumluluğu sınırlayıcı etki sağlayabilir. Sadece bu saydamlık sorumluluğun sınırlandırılmasına cevaz verir, sadece görev tevdiğinin izah edilmesi ve açıklanması

Tasarıda öngörülen düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeden özellikle talimat vermeden kaynaklanan sorumluluğa yasa da yer verilmemiş olması ve gözetim yükümünden kaynaklanan özen yükümüne hususi bir vurgu yapılması nedeniyle farklılık arzeder.

Tasarıda ve Gerekçesinde açıklık bulunmamakla birlikte, Tasarı Gerekçesindeki açıklamalar nazara alındığında, yetki devri halinde talimat verme yetkisinin ortadan kalktığı sonucuna zımnen ulaşılabilir. Çünkü tassarıdaki metinde sadece seçme ve gözetim yükümlülüklerinden bahsedilmektedir. Keza Gerekçe'de İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeden farklılıkları açıklayarak başlayan bir paragraf içerisinde, İsviçre Borçlar Kanununun talimat ve gözetimdeki özeni düzenlediğinden bahsedilmekte, akabinde hukukumuzda da cari olan gözetim görevi açıklanmaktadır. Ancak seçim, talimat ve gözetim, birbirini ayrılmaz biçimde

sorumluluğun sınırlandırılmasına cevaz verir. Böylece görev paylaşımı, açıklama ve sorumluluğun sınırlandırılması yasal bir birlik teşkil eder.

Tasarı yönetim görevlerinin bir organizasyon talimatı içerisinde gerçekleşmesini öngörmektedir. Bu organizasyon talimatı esas sözleşmesel bir temeli ve (bu yüzden) genel kurul tarafından bir yetkilendirmeyi (716/I, 727/12) gerektirir. Organizasyon talimatı ticaret siciline tevdi edilmelidir (716/I, 727/12). Dışarıda duran üçüncü şahıslar ve bu kapsamda özellikle alacaklılar görev paylaşımı hakkında bilgi edinebilirler ve bu surette en azından münferit organların durumu ve görevlerini öğrenip zorluklarla karşılaşmaksızın onların şahsi konumları hakkında bilgi sahibi olurlar. Talimat münferit organların görevleri ve sorumlulukları hakkında aydınlanmalarını sağlar ve sorumluluk davasında doğru davalıyı seçme imkanı sunar.

Yetki dağılımının açıklanması, hedeflenen dava ve sorumluluğun cevaz verilen sınırlandırmasını, organizasyon talimatında zikredilen görevler için mümkün kılar. Böylece görev dağılımının açıklanması, görevin devri sonucunda sorumluluk sınırlamasının uygulanmasının temelini teşkil eder: Her kim organizasyon talimatına başvurulduğunda görevlerini başka bir organa devretmişse, alttaki organın davranışlarından sorumlu olmaz, yeter ki seçme, talimat verme ve gözetimde halin icabının gerektirdiği özeni gösterdiğini isbatlasın (Bkz. Art. 754/2 OR).

Buna göre yetki delegasyonu sorumluluktan kurtarmaz, aksine sorumluluğu alttaki organ şahısların seçilmesi, talimat verilmesi ve onların gözetilmesi boyutuyla sınırlar. Ayrıca bu sorumluluk sınırlaması bir isbat yüküne (dönüşüne) bağlanmıştır: Her kim sorumluluk sınırlamasına dayanacaksa, seçme, talimat verme ve gözetimde hal ve şartların gerektirdiği tüm özeni gösterdiğini isbatlamak zorundadır. Bu yüzden yetki devreden sorumluluğuna gidebilmek için, sorumluluk davası davacısı sadece altta bulunan organda sorumluluk koşullarının gerçekleştiğini ve yetki delegasyonunun bulunduğunu isbatlamak zorundadır. Sorumluluktan kurtulabilmek için kendisine düşen özen yükümünü yerine getirdiğini isbatlamak davalıya aittir. Ayrıca bu tür sorumluluk sınırlandırmasının sadece görev devrinin usulüne uygun şekilde gerçekleşmesi halinde geçerli olacağını da eklemek gerekir. Yasanın (716a/I), esas sözleşmenin ya da organizasyon talimatının devredilemez olarak öngördüğü görevler, sorumluluğu sınırlayıcı etki ile devredilemezler.

Bundan başka sorumluluk sınırlamasının sadece görevlerin bir başka organ şahsa devredilmesi halinde geçerli olduğunu eklemek gerekir. Görevin halledilmek üzere yardımcı şahsa verilmesi halinde sorumluluktan kurtulma sözkonusu olmaz. Bu tür durumlarda organ, yardımcı şahsın fiilinden dolayı cura in eligendo, instruendo et custodiendo'ya dayanmaksızın sorumlu olur. "Respondeat superior" ilkesi gereğince, verdiği işi yapan kimsenin verdiği zararlardan sorumlu olur.

takip eden bir sürecin unsurlarıdır. Talimat yetkisinin bulunmaması, gözetim işlevinden beklenen faydanın gerçekleşmesini engelleyecek ya da oldukça güçleştirecek bir eksikliklerdir. Öte yandan özellikle yönetim kurulunun devredilmez görevleri arasında talimat verme görevi de bulunmaktadır (TTKT m. 375). Bu bakımdan hukukumuzda de yetki devri halinde, talimat vermeden dolayı yetki devreden sorumluğunun devam ettiğini kabul etmek gerekmektedir.

Tasarıdaki düzenleme, yetki devri halinde özellikle gözetim yükümüne ilişkin öngördüğü üçüncü fıkradaki yenilik bakımından dikkat çekmektedir. Çünkü anılan fıkra lafzı, yöneticilere kontrolleri dışında kalabilecek hukuka aykırılıklar ve yolsuzluklar sahası açmaktadır. Şüphesiz ki böyle bir yorum, yöneticilere ve özellikle de yönetim kuruluna, şirket organizasyonu içerisinde “*tepedeki sorumsuzlar*” işlevini üstlenme imkanı sağlamaktadır. Bu sorumsuzluk, bir yandan yönetim kuruluna, kendisinin şirket içerisinde kontrol edemeyeceği vakıalar bulunduğu savunmasına izin vermek suretiyle keyfi ve umursuz davranışlarda bulunmasında; diğer yandan bu hallerde yönetim kurulu üyelerine sorumluluk yöneltilememesinde kendisini gösterir.

Maddenin gerekçesi incelendiğinde, düzenlemenin bir tepki normu olduğu ve hukukumuzda gözetim yükümünden kaynaklanan sorumluluğun, kusursuz ve illiyetsiz sorumluluk olarak algılanmasının engellenmesi amacıyla sevk edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak Gerekçe’de, kontrol dışında kalan hallerden neyin anlaşılması gerektiğini ya da gözetim yükümünün kapsamını belirleyecek ölçütlere yer verilmemiş, sadece gözetim yükümünün ihlaline dayalı sorumluluğun kapsamının insan takatini aşacak bir gözetimi kapsamadığı vurgulanmıştır.

Kanatımızca hükmün amacı, İsviçre öğretisinde kabul edildiği anlamda makul bir gözetim yükümlülüğü oluşturmaktır ve tasarı hazırlanırken bu kaygı ile İsviçre hukukundaki metnin aynen alınmasından kaçınılmıştır. Ancak hazırlanan metin, bu amacı yansıtmaktan büyük ölçüde uzaktır. Bu açıdan kanaatimizce gözetimden kaynaklanan özen yükümünün kapsamı, yukarıda yapılan açıklamalara uygun biçimde anlaşılmalıdır.

V. Anlaşmaların Hukuki Sorumluluğa Etkisi

Bankacılık Kanunu'nun 132/X. maddesinde fona alacakları ile ilgili olarak, borçlularla sulh sözleşmesi yapma imkanı tanınmıştır. Öğretide bu madde kapsamında yapılan sözleşmelerin, özellikle hakim ortaklarla yapılan sözleşmelerin, yöneticiler ve denetçilerin sorumluluğuna etkisi sorunu hakkında bazı önermelerde bulunmaktadır⁶⁷³. Sorunun çözümünden önce, anılan maddenin yönetici ve hakim ortakların iflasının talep edildiği hallerde uygulanma kabiliyeti bulup bulmayacağıının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anılan madde fon alacaklarının takip ve tahsiline ilişkin yetki ve usuller başlığını taşımaktadır. Ancak fon alacağı tabirinden neyin kastedildiği hususunda Bankacılık Kanunu'nda bir tanım maddesi bulunmamaktadır. Öte yandan Bankacılık Kanunu farkını ortaya koymaksızın "fon alacakları" tabirinin yanında "fonun alacakları" ibaresini de kullanmaktadır⁶⁷⁴.

Fon alacağı kavramının kapsamının belirlenmesi bakımından, temel olarak Bankacılık Kanunu'nun 132/I. maddesinde sayılan alacakların esas alınması gerekir⁶⁷⁵. Ancak fon alacakları bu maddede sayılanlarla sınırlı değildir. Banka yönetici ve hakim ortaklarından iflas yoluyla talep edilen zararlar, kural olarak, fon alacağı niteliği taşımaz. Çünkü anılan maddede bu alacakların fon alacağı olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenle Bankacılık Kanunu'nun 132/X. maddesinde belirtilen sulh sözleşmesinin ve diğer hukuki tasarrufların bu alacaklar bakımından uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Ancak banka kaynaklarının suiistimaline (Bank.K m. 71/I,e) dayalı olarak bankanın faaliyet izninin kaldırılması halinde (Bank.K m.108/I), uygun bir süre içerisinde hakim ortaklar ya da yöneticiler tarafından kullanılan kaynaklar ve ayrıca bu nedenle bankanın kaynağı kullanamamasından ötürü uğradığı

⁶⁷³ **Tekinalp**, (Banka Hukuku, 2009), s. 296

⁶⁷⁴ Örnek olarak Bkz. Bank.K m. 132 ve 134. Fonun alacakları kavramının, fon alacaklarını da bünyesinde taşıyan üst bir kavram mı yoksa aynı hususu ifade etmek için kullanılan bir tabir mi olduğu açık değildir. Bu hususta ayrıca fonun alacaklarının tahsiline ilişkin esasları tanzim eden TMSFTY.'ye de bakınız.

⁶⁷⁵ Ancak, 132/I. maddede yapılan atıf uyarınca, 108. maddede sayılan alacakların tamamının fon alacağı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. 132/I. maddede 108. maddeye yapılan atfı, 108. maddenin dördüncü fıkrasına yapılmış kabul etmek gerekir. Aksinin kabul edilmesi halinde, kanunun iki hükmünün birbirini nakzı söz konusu olacaktır. Fon alacağı kavramının kapsamı hakkında Bkz. **Tekinalp**, (Banka Hukuku, 2009), s. 300

zararlar⁶⁷⁶ tazmin edilmemişse (Bank.K m. 108/I,IV), bu alacak fon alacağı niteliğini kazanır (Bank.K m.132/I). Ayrıca fona devir halinde 132/VIII. maddede zikredilen alacaklar fon alacağı niteliği taşır. Kanaatimizce fon alacağı kavramı, bankanın alacak hakkına bağlı olmaksızın, hukuki olarak fonun bu sifata sahip olmasından kaynaklanan alacak haklarını kapsmalı ve bankanın alacak hakkına dayalı olarak hak sahibi sıfatı kazandığı haller, fon alacağı kavramının dışında bırakılmalıdır. Çünkü bu hallerde hukuki açıdan banka alacağı sözkonusudur⁶⁷⁷. Bu bakımdan fon tarafından ödenen mevduat ve ferileri, fon alacağı niteliği taşır (Bank.K m. 110/I,son).

Sınırlı da olsa, fon tarafından hakim ortaklar tarafından verilen zararların tazminine yönelik olarak iflas davasından önce ya da bu dava devam ederken hakim ortaklar ile 132/X hükmüne dayalı olarak sözleşme yapılması ve fonun hakim ortaklar hakkında açılan hukuk davasının durdurulmasını istemesi imkan dahilindedir. Böyle bir durumda yapılan anlaşmaların diğer sorumlulara, özellikle de yöneticilere etkisi çözümü gereken bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁷⁸.

Öğretide bu sorunun hakkında, sözleşmelerin nisbiliği prensibinin, hakim ortakla yapılan sözleşmenin, yöneticilere genişletilmesinin mahzuruna vurgu yapılmakla birlikte, bu kuralın katı biçimde uygulanmasının hakkaniyet duygularını zedelediği ve sebebiyet verenin sorumluluktan kurtulması şeklinde ortaya çıkan sonucun, himaye edilemeyeceği belirtilmektedir. Sorunun çözümüne ilişkin olarak hangi teorik esastan yararlanılacağı hakkında ise farklı yaklaşımlar dile getirilmektedir⁶⁷⁹.

Yargı içtihatlarında da benzer tereddütlerle protokollerin, yöneticilerin sorumluluğuna etkisinin özel olarak belirlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Yöneticilerin hangi hukuki sebebe dayalı olarak bu protokollerden istifade edeceği, mevcut kararlar çerçevesinde iki farklı sebebe dayandırılmaktadır. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından verilen bu kararların ilkinde,

⁶⁷⁶ **Reisoğlu**, s. 1342

⁶⁷⁷ Bankacılık Kanunu'nun 110/I. maddesinin son cümlesi de alacağın esas itibarıyla bankaya ait olduğunu vurgulamak suretiyle bu neticeyi doğrulamaktadır.

⁶⁷⁸ **Tekinalp**, (Banka Hukuku, 2009), s. 296

⁶⁷⁹ **Tekinalp**, (Banka Hukuku, 2009), s. 296

protokollerin diğer borçlulara etkisi, zarar miktarının henüz belli olmaması ya da temdit gerekçesine dayandırılmaktadır⁶⁸⁰. Aynı daire daha sonra verdiği bir diğer kararda protokollerin etkisini, kazanılmış hak teorisine bağlamıştır⁶⁸¹.

Öğretide protokollerin, sözleşmenin tarafı olmayan kimselere etkisinin teorik temellerinin oluşturulması gerektiği ve bu konuda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramının kapsamındaki genişleme eğiliminden ya da asli edimi bulunmayan kanuni koruyucu yükümlülükler kuramından istifade edilebileceği belirtilmektedir⁶⁸².

Meselenin halli bakımından öncelikle pozitif hukukta bu sorunun çözümünü sağlayacak ya da kıyasen uygulanacak bir düzenlemenin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir. Savunduğumuz görüş uyarınca, hakim ortaklarla yöneticilerin temin edilen menfaatten kaynaklanan sorumluluğu, müteselsil sorumluluktur. Bu nedenle müteselsil borç ilişkisinde, dış ilişki bakımından borçluların birbirlerinin durumunu etkileyen işlemleri ve bu etkinin derecesi incelenmelidir.

Borçlar Kanunu'nun müteselsil borca ilişkin düzenlemeleri, alacaklının borçlulardan biri ile objektif olarak diğerlerini de etkileyen bir işlem yapmadığı taktirde, kural olarak diğer borçluların bundan yararlanamayacağı sonucu haklı kılmaktadır. Objektif olarak etkili olan işlem, kural olarak diğer borçluların da yapılan sözleşmeden istifade edeceğinin belirtildiği sözleşmelerdir. Öğretide bu sözleşmenin diğer borçlulara etkisi, herhangi bir hukuki kuruma değil, doğrudan Borçlar Kanunu'nun 144 ve 145. maddelerine dayandırılmaktadır⁶⁸³. Bu nedenle öncelikle yapılan protokolün, diğer borçluları kapsayıp kapsamadığı incelenmelidir. Eğer bu soruya olumlu cevap verilemiyorsa, bu kez protokole konu borcun mahiyeti ve miktarı esas

⁶⁸⁰ "...Protokolda taraf olmayan davalıların borçtan sorumluluğu devam etmektedir. Ancak protokollar uyarınca borcun zamanında ödenmesi durumunda davalıların sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bu nedenle protokollar gözetilmek suretiyle mahkemece diğer davalılar yönünden de durdurma kararı verilmesi..." 19. HD. 14.12.2006 T., 2006/7827 E., 2006/12006 K. sayılı ilamı, (Alicı s. 1118)

⁶⁸¹ 19. HD. 10.05.2007 T., 2006/10956 E., 2007/47387 K. sayılı ilamı, (Tekinalp, (Banka Hukuku, 2009), s. 297, kn. 28-25)

⁶⁸² Tekinalp, (Banka Hukuku, 2009), s. 297 vd.

⁶⁸³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 299

alınmak suretiyle meselenin incelenmesi gerekir⁶⁸⁴. Protokolü yapan borçlunun, müteselsil sorumluluk dışında kalan borçları da varsa ve protokol toplam borcun bir kısmı için yapılıp, hangi borç için protokolün yapıldığı belli değilse; alacaklının hangi müteselsil borçluya müracaat etmesi gerektiğini belirleme imkanı borçlulara verilmediğinden (BK.m. 142/I), protokolün müteselsil borçluları etkilemediği kabul edilmelidir. Bir ifa değil, talep vaki olduğundan, Borçlar Kanunu'nun mahsuba ilişkin yedek hükümleri bu safhada uygulama kabiliyeti bulmaz.

Eğer protokole konu borç, müteselsil sorumluluğun cari olduğu borç ise, bu kez protokole konu olan miktar esas alınmak suretiyle bunun diğer borçlulara etkisi tayin edilmelidir: Protokol konusu borç miktarı, diğer müteselsil borçluların sorumlu olduğu miktardan düşük ise, diğer borçluların protokole ancak bu düşük miktar kadar dayanması mümkündür. Eğer protokole konu olan miktar, diğer müteselsil borçluların sorumlu olduğu miktar kadar ise veya onu aşıyorsa, artık protokolün bu borçlulara da etki ettiğini kabul etmek gerekir⁶⁸⁵. Her iki halde de protokolün müteselsil borçlulara etkisi, Borçlar Kanunu'nun 145/II. maddesinin kıyasen uygulanmasına dayanmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun zikredilen maddesi uyarınca “*Eğer müteselsil borçlulardan biri borç tediye olunmamış iken ondan tahallüs etmiş ise, diğer borçlular ancak halin veya borcun mahiyetinin irae ettiği nispette bu beraatten istifade edebilirler.*” Yasal düzenleme borçlulardan birinin sorumluluktan kurtulmasının, hal ve şartlara göre, diğerlerinin de kurtulmasını gerektirdiği hallerde, diğer borçluların da buna istinat edebileceğini ifade etmektedir. Hangi hal ve şartların böyle bir sonuç doğuracağı şüphesiz bir yorum meselesidir. Ancak öğretilerde bu konunun tipik örneği olarak, alacaklının

⁶⁸⁴ Bu ayırım, yönetici-hakim ortak sorumluluğu bakımından farklılaştırılmış teselsül görüşüne yakın bir nazariyeyi savunuyor olmamızdan kaynaklanmaktadır.

⁶⁸⁵ Ancak bu etkinin, iç ilişkide sorumlu olunan miktara genişletilemeyeceğini de kabul etmek gerekmektedir. Başka deyişle, protokolün yapılması, ona taraf olmayan yöneticiler bakımından da etki doğursa da, yöneticilerin iç ilişkide sorumlu olduğu miktar için, fonun her zaman için talep yetkisi bulunmaktadır. Protokolün yapılması, yöneticilerin iç ilişki bakımından sorumlu oldukları miktarın fon tarafından talep edilmesine engel teşkil etmez.

“borcu doğuran işlemde en fazla ilgili olan borçluyu ibra etmesi”⁶⁸⁶ ya da onunla “sulh sözleşmesi” yapması⁶⁸⁷ gösterilmektedir. Yapılan işlemlerden ötürü gerçekte menfaat temin edenin, protokolün tarafı olan hakim ortak olması, bunun yöneticiler üzerinde hakimiyet ilişkisinin sağladığı baskı ve nüfuzdan yararlanılarak gerçekleştirilmesi, hal ve şartların, protokolün tarafı olmayan yöneticilere protokolden doğan sonuçların etkide bulunmasını gerektirir. Borçlar Kanunu’nda tahallüsten bahsedilmekle birlikte, geçici olarak borcu ifadan kaçınma imkanı veren sebeplerin de tatbiki gerektiği, bu nedenle BK.m.145/II hükmünün bu halde kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Yargısal içtihatlardaki gelişim karşısında alacaklı olan fon harekete geçerek 2007 yılında çıkardığı yönetmelikle, hakim ortaklar ve yöneticilerle yapılan anlaşmaların protolole taraf olmayan kimseler bakımından etkisini düzenlemiş ve protokol yapılmasının özellikle imhal ya da üçüncü şahıs lehine işlem anlamına gelmeyeceğini hüküm altına almıştır (TMSFTY m. 45/III). Düzenlemenin özel hukuk borç ilişkisinin tarafı olan alacaklı tarafından yapılması, böyle bir düzenleme yapmaya yetki veren kanun, kanunen verilen yetkinin kapsamı, yönetmelik hükmünün üst norm olan Borçlar Kanunu hükmü karşısında etkisi ve TMSF’nin yönetmelikle böyle bir düzenleme yapma yetkisinin bulunup bulunmadığı ise, hukuki açıdan tartışmaya açıktır.

§ 17. ZAMANAŞIMI

I. GENEL OLARAK

Zamanaşımı, alacak hakkının borçlu tarafından kabul edilmediği ve alacaklının kamu gücünü kullanarak bu alacağı talep etmediği hallerde, belirli bir sürenin geçmesi sonucunda borçluya bu sürenin geçmiş olmasına dayalı olarak borcu ifadan kaçınma imkanı veren bir savunma sebebidir.

Zamanaşımını durduran ya da kesen sebepler olmaksızın alacağın belirli bir süre talep edilmemesi halinde, kanun koyucunun borçluya borcu ifadan kaçınma hususunda sağladığı bu imkan, borcun sona erdiğine yönelik

⁶⁸⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 302

⁶⁸⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 306

karineden, adalet duygularından ya da usuli nedenlerden kaynaklanabilir⁶⁸⁸. Ancak bunlardan en önemlisi, borcun ifa edilip edilmediğine ilişkin ispat güçlüğüdür⁶⁸⁹. Zamanaşımı süresinin yasalarda düzenlenmemesi halinde, aradan oldukça uzun süreler geçtikten sonra bir kimseden ve özellikle mirasçılarında belli bir alacağın ödenmesinin talep edilmesi halinde, borçlunun ödenmiş olan borcu ikinci kez ödeme riski ortaya çıkar ve hiç tanımadığı ve görmediği murislerinin borçlarını ödemesi gibi bir ihtimal ile karşılaşılır. İsbat araçlarındaki güçlük nedeniyle borçlunun böyle haksız bir neticeye katlanmasına hukuk düzeni aracı kılınamaz. Ancak sözkonusu borcun gerçekten aradan oldukça uzun bir süre geçmiş olmasına rağmen ödenmemesi de ihtimal dahilindedir. Bu durumda alacağını tahsil etmemiş olan alacaklının da korunması hakkaniyetin bir gereğidir. Böylesine önemli iki menfaati bağdaştırmak durumunda olan kanun koyucu, alacağın talebi için belirli bir süre koymak suretiyle toplumsal düzen ve güveni tehdit eden riski ortadan kaldırmış, ancak sürenin geçmiş olup olmamasına dayanmayı borçlunun insaf ve dürüstlüğüne terkederek dengeli bir çözüm sağlamıştır.

II. ZAMANAŞIMININ BANKACILIK KANUNUNDA DÜZENLENİŞ TARZI

Bankacılık Kanunu, zamanaşımına ilişkin genel hükümlerden kaynaklanan düzenlemelere, kural olarak, müdahale etmemektedir. Ancak kanunun kapsamında olan bazı alacakların zamanaşımı süreleri hakkında özel düzenlemelere yasada yer verilmektedir.

Bu kapsamda özellikle mevduat aranma zamanaşımı (Bank.K m. 62/I) ve fon alacaklarının zamanaşımı süreleri belirlenmiş (Bank.K m.141), fon alacaklarında zamanaşımı süresinin geçmişe yürürlü olduğu hüküm altına alınmış (BaK. gm. 16) ve zamanaşımı bakımından durma nedenlerine yer verilmiştir (Bank.K m. 134/V, 138/II). Fonun, faaliyet izni kaldırılan veya fona devredilen banka işlem ve kararlarından haberdar olmamasından kaynaklanan zaman kaybı, Bankacılık Kanunu'nun 138/II. maddesinde,

⁶⁸⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1030 vd.

⁶⁸⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1031

zamanaşımı süresini belli alacaklar için uygun bir süre durdurulması suretiyle giderilmektedir.

Bankacılık Kanunu'nun zamanaşımıyla ilgili düzenlemelerinden özellikle fon alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresi ve bunun geçmişe yürür niteliği, yönetici ve hakim ortakların şahsi iflası kapsamında sorumluluklarını yakından ilgilendirmektedir.

Bankacılık Kanunu 141. maddesine göre "*Bu Kanundan kaynaklanan Fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi yirmi yıldır*". Anılan düzenleme lafzen yorumlandığında, alacakların değil de, alacaklarla ilgili dava ve takiplerin yirmi yıllık bir zamanaşımı süresine tabi olduğu, başka deyişle alacak hakkında açılan davanın ya da takibin yirmi yıl içerisinde sonuçlanması gerektiği kanaatini uyandırmaktadır⁶⁹⁰. Ancak Bankacılık Kanunu'nda yer alan bu düzenlemenin temelini teşkil eden 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun ek 3. maddesi incelendiğinde, dava ve takiplerin değil, alacağın yirmi yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁶⁹¹.

Söz konusu süre, genel alacak zamanaşımına nazaran oldukça uzun bir dönemi kapsamaktadır. Özellikle defter ve kayıtların saklanması bakımından TTK'da (TTK m. 68/1) ve Bankacılık Kanunu'nda (Bank.K m. 42) yer alan on yıllık süreler dikkate alındığında, öngörülen zamanaşımı süresinin defter ve kayıtları saklama süresini aşması, çeşitli sakıncaları da beraberinde getirecektir. Dolayısıyla ispat hukuku bakımından yasal saklama süreleri geçmesine rağmen defter ve kayıtların saklanmaya devam edilmesi gerekmektedir⁶⁹². Bankaların özellikle fona devri ya da faaliyet izninin

⁶⁹⁰ Gerçi Borçlar Kanunu'nun genel zamanaşımı süresini düzenleyen 125. maddesinde de "her dava"nın on yıllık zamanaşımına tabi olduğu hükmüne yer verilmektedir fakat bu hükmün kaynaktan (Art. 127 ÖR) farklı çevrildiği ve "her alacak" (*alle Forderungen*) yerine, "her dava"nın zamanaşımına uğradığının hükmüne bağlandığı öğretide vurgulanmaktadır. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1034. Bankacılık Kanunu bakımından ise böyle bir hatadan bahsetmek mümkün değildir. 141. maddede yer alan dava kavramının alacak şeklinde anlaşılması ise, hükmü anlamsız kılmaktadır. Çünkü böyle bir durumda kanun, "...Fon alacaklarına ilişkin alacakların..." zamanaşımını tanzim etmiş olurdu.

⁶⁹¹ Anılan madde 12/12/2003 - 5020 sayılı kanunun 27. maddesi ile 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na eklenmiştir. Bu madde zamanaşımının başlangıcına da yer vermek suretiyle davanın değil, alacağın bu zamanaşımı süresine tabi olduğunu vurgulamaktadır.

⁶⁹² **Reisoğlu**, s. 1576

kaldırılması sonrasında TMSF'nin sorumluluk sebeplerini öğrenmesi mümkün olduğundan ve ayrıca banka ortaklık yapısı nedeniyle uzun süre hukuka aykırı uygulamaların gün yüzüne çıkmadan devamı mümkün olduğundan, sürenin makul olduğu kabul edilebilir. Fakat böyle bir sonuç, herhangi bir kamusal denetime tabi olmayan, sadece kendi içerisinde yaptığı denetimlerle yetinen, kamu denetimi ve müdahalesinden uzak bir işletme için isabetlidir. Oysa bankalar, oldukça sıkı bir denetim rejimine tabidir. Yirmi yıllık zamanaşımı süresi, devletin denetim yetkisini kullanmasındaki zaafiyetin, bankaya, yöneticilerine ve ortaklarına yansıtılmasını ifade eder. Bunun yanında Fona keyfi hareket etme olanağı sunar. Çünkü banka kayıtlarının on yıldan sonrası için saklanması mecburiyeti bulunmamaktadır. Bu tarz bir düzenleme yerine, gerekli tesbitlerin yapılması halinde, devir ya da faaliyet izninin kaldırılması beklenilmeksizin fona doğrudan müdahale imkanı veren ve müdahale imkanını belirli süre ile sınırlayan bir yetkinin oluşturulması, hukuk güvenliği ve hukuk devleti ilkeleri bakımından daha sağlıklı olacaktır⁶⁹³.

Fon alacakları hakkında öngörülen zamanaşımı süresi, TMSF'nin Bankacılık Kanunu'ndan kaynaklanan alacakları için geçerlidir. Diğer kanunlardan kaynaklanan alacaklar, Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesinde öngörülen zamanaşımı süresine değil, ilgili alacağa ilişkin zamanaşımı süresine tabidir⁶⁹⁴. Öğretide Fon'un yetkilerinin Bankacılık Kanunu'ndan kaynaklandığı, diğer kanunlardan kaynaklanan alacağın da dolaylı olarak bu kanunun zamanaşımı süresine tabi olacağı görüşü savunulmakla birlikte⁶⁹⁵, kanunun açık düzenlemesi karşısında, diğer kanunlardan kaynaklanan alacaklar hakkında Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesinde düzenlenen zamanaşımı süresinin uygulanması mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Zamanaşımının başlangıcı konusunda özel bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle genel hükümler uygulama imkanı bulacaktır. 4389 sayılı

⁶⁹³ Benzer eleştiriler için Bkz. **Battal**, s. 401

⁶⁹⁴ **Reisoğlu**, s. 1576; **Doğrusöz**, Hanife, Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2010, s. 293

⁶⁹⁵ **Battal**, s. 401

Bankalar Kanunu'nda sürenin hangi tarihten itibaren başlayacağını öngörülmesi (Ek madde 3), konu hakkında doğabilecek sorunları ortadan kaldırmak ve tek bir başlangıç anı belirlemek bakımından isabetli olmasına karşın⁶⁹⁶, yürürlükteki Bankacılık Kanunu konu hakkında düzenlemeye yer vermektedir. Kanaatimizce zamanaşımının başlangıcı konusunda borcun sebebine göre Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanması isabetli olacaktır⁶⁹⁷.

Zamanaşımı hükümlerinin zaman itibarıyla uygulanması bakımından Bankacılık Kanunu, zamanaşımı düzenlemelerine geçmişe yürüme kabiliyeti tanımaktadır (BaK. gm. 16). Kanunların zaman bakımından uygulanmasını düzenleyen temel ilke, kanunların yürürlüğe girdiğinden sonraki olay ve işler hakkında uygulama imkanı bulmasıdır. Kanunun geçmişe yürümemesi, maddi ceza hukuku bakımından mutlak olan ve herhangi bir istisna taşımayan temel bir ilkedir (AY m. 38;TCK.m. 7). Özel hukuk bakımından ise, maddi ceza hukukunda olduğu gibi açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Spesifik olarak temel bazı kanunların uygulanmasına ilişkin tatbikat kanunlarında yer alan düzenlemelerle, kural olarak, kanunların geçmişe etkili olmadığı hükme bağlanmaktadır (TMKTK. m.1: TTKTK. m. 1,2). Tatbikat kanunlarındaki düzenlemelerin, hukukun genel ilkeleri arsında yer aldığı ve bu nedenle tüm kanunlar bakımından uygulama imkanı taşıdığı, öğretide haklı olarak savunulmaktadır⁶⁹⁸. Bir kimsenin işlem ve eylemde bulunduğu tarihte yürürlükte olmayan, yasanın hukuki sonuçlarını nasıl düzenleyeceğini bilmediği hallerden sorumlu tutulması, hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Kanunun geriye yürümemesi kural olmakla birlikte, özel hukukta kuralın bazı istisnaları kabul edilmektedir. Bu istisnalar genel ahlak ve kamu düzenine ilişkin haller, usuli hükümler ve kazanılmış

⁶⁹⁶ Krş. **Battal**, s. 401

⁶⁹⁷ Öğretide fon alacağının tahsil usulü hakkında, alacağın sebebine göre Borçlar Kanunu'nun 60, 66 ve 128. maddelerinin uygulanacağı görüşünün yanı sıra (Bkz. **Reisoğlu**, s. 1575; **Doğrusöz**, s. 294), her halükarda zarar doğuran fiilin vuku tarihi olduğu (**Battal**, s. 401; **Kırca**, İsmail; İbra Kararının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu'nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı, **BATİDER.**, C. XXIII, Sa. 3, (s. 33-51), s. 49) da savunulmaktadır.

⁶⁹⁸ **Tekinalp**, (Banka Hukuku, 2009), s. 344 ve dn. 3'de ismi geçen yazarlar.

haklardır⁶⁹⁹ (TMKTK.m. 2,3,4: TTKTK. m. 2,3). Bankacılık Kanunu'nun geçmişe yürürlü düzenlemesi, bu istisnalar kapsamında bulunmamaktadır. Ancak iptal edilinceye kadar uygulanması, yine hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Bankacılık Kanunu'nun geçmişe yürürlü etki tanıdığı geçici 16. maddenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne müracaat edilmiş olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi, iptali istenen Bankacılık Kanunu'nun geçici 16. maddesinin itirazda bulunan mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı, bu bakımdan anayasaya aykırılık iddiasında bulunan mahkemenin yetkisizliği gerekçesiyle ve oyçokluğuyla davayı reddetmiştir⁷⁰⁰.

Kanaatimizce sözkonusu düzenleme, Bankacılık Kanunu'nun Fon yetkilerine ilişkin hükümlerine hakim olan anlayışın bir ürünüdür. Bu anlayış, toplumsal düzeni sağlamaya yönelik temel ilkeleri yadsımakta, Fon'u hukuk düzeninin en üst basamağına oturtmakta, soyut taleplerini kesin delil (Bank.K m. 137) kabul etmekte, tarafı olduğu alacakları nasıl tahsil edeceğini belirleme hususunda alacaklıya, yani fona yetkiler vermekte (Bank.K m. 122,132), fon da bu yetkilerini kullanırken karşılaştığı somut ihtilafların kendi lehine çözümüne yönelik esasları hukuk normu olarak tanzim etmekte (Ör: TMSFTY.m. 45 düzenlemeleri) ve fon lehine olan düzenlemelerin geçmişe etkili olduğu (Bank.K gm. 16) kabul edilmektedir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Kanaatimizce fonun asli görevi, tasarruf mevduatını sigorta etmektir ve bu görevini yerine getirmek için bankalardan prim tahsil etmektedir. Bu açıdan yasal düzenlemede fonun hukuki konumu, sigortacı işlevinin ötesine geçmemelidir. Fonun üstlendiği görevin bir kamu kuruluşu ya da bankaların katılımıyla oluşacak bir özel hukuk kişisi tarafından yerine getirilmesi tercihi, hukuk politikası sorunudur. Hangisi tercih edilirse edilsin, bankaların kontrol altında tutulmasına ilişkin tedbirlere ağırlık verilmesi, sistemin tabii gereğidir. Oysa hukukumuzda bankanın zamanında usulüne

⁶⁹⁹ Bkz. HGK. 05.12.2007 T., 2007/3-391 E., 2007/939 K. : 16.07.2008 T., 2008/3-498 E. ve 2008/497 K. sayılı ilamları.

⁷⁰⁰ AYM 26.02.2009 tarih ve 2009/7 E., 2009/29 K. sayılı ilamı. (RG. 11.06.2009 T., 27255 Sa.)

uygun olarak kontrol edilememesinin tüm sorumluluğu kamudan alınarak bankaya, ortaklarına ya da diğer mensupları üzerine yüklenmekte, kamusal gözetimdeki eksiklikten doğan sorumluluk yansıtılmaya çalışılmakta, fona hukukun temel ilkelerini ve anayasayı ihlal eden yetkiler verilmektedir. Zamanaşımı düzenlemesi de bunlardan biri olup, geçmişe yürürlü etkisi ile hukuk düzeninin temel ilkelerini, hukuk güvenliğini ve anayasal eşitlik prensibini ihlal etmektedir⁷⁰¹. Fonun, banka hakkında 71. madde hükümlerinin uygulanmasına kadar banka içerisinde gerçekleşen işlem ve kararlardan haberdar olmaması, zamanaşımı süresini geçmişe yürütmek için haklı bir sebep olamaz. Banka yöneticilerinden özenli davranışta bulunmalarını bekleyen kanun koyucunun kendisi de özenli davranmakla ve bu tarz ihtimallerde uygulanacak hükümleri, hukukun genel esaslarını ve anayasal güvenceleri ihlal etmeden önceden belirlemekle yükümlüdür.

Zamanaşımının geçmişe yürür şekilde uygulanması, hukukun temel ilkeleri, hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri karşısında himayesi düşünülemez. Ancak bir hukuk kuralı olarak varlığını sürdürdüğü müddetçe, kazanılmış hakları ihlal edecek tarzda uygulanmaması gerekir. Bu bakımdan, yasal düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla zamanaşımına uğramış olan alacaklar bakımından, bu hükümlerle kazanılmış haklara müdahale edilemeyeceği kabul edilmelidir.

III. FON ALACAKLARINA İLİŞKİN ZAMANAŞIMI DÜZENLEMESİNİN İFLAS DAVALARINDA UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU

Fon alacakları hakkında yirmi yıllık zamanaşımı süresi öngören düzenlemenin, Bankacılık Kanunu hükümleri çerçevesinde açılacak şahsi sorumluluk davalarında uygulanacağı hususunda ilk bakışta herhangi bir tereddüt duyulmayabilir. Nitekim öğretide bu zamanaşımı süresinin şahsi sorumluluk halinde uygulanacağı kabul edilmekte ve fon alacağı kavramı kapsamında herhangi bir inceleme yapılmamaktadır⁷⁰². Ancak Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesi, fon alacaklarına uygulanacak zamanaşımı

⁷⁰¹ Kırca, (İbra, 2006), s. 51

⁷⁰² Bkz. Tekinalp, (Banka Hukuku, 2009), s. 296; Doğrusöz, s. 293 vd. ; Akdağ-Güney (2010), s. 351

süresini düzenlemektedir ve yasanın çeşitli hükümlerinde, bir alacağın fon alacağı olup olmadığı özel olarak belirtilmiştir. Örneğin fona devredilen bir bankanın alacakları, fon alacağı niteliği taşımayıp, kanunun 107. maddesi uyarınca banka alacaklarının fon tarafından devralınması halinde fon alacağı niteliği kazanmaktadır (Bank.K m. 132/VIII). Bu nedenle şahsi iflas davalarında uygulanacak zamanaşımı süresinin belirlenmesi bakımından, öncelikle dava konusu alacağın, fon alacağı niteliği taşıyıp taşımadığı tesbit edilmelidir.

Fon alacağı kavramının anlamı ve kapsamı üzerinde Bankacılık Kanunu'nda her türlü tereddütü ortadan kaldıracak bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Fonun tahsil yetkisine sahip olduğu her türlü alacak, fon alacağı niteliğini taşımamaktadır.

Kanaatimizce “fon alacağı” kavramı, alacak bakımından hukuki bir statüyü ifade etmektedir ve bu bakımdan hukuki nitelik taşır. Bu statü içerisinde olan alacaklar, özel bir hukuki himaye rejimine tabidir ve zamanaşımı süresi de bu rejimin bir parçasıdır. Fon alacağı statüsü, en geniş anlamıyla, yasanın bir alacağa bu niteliği vermesi halinde kazanılabilir. Ayrıca alacağın mahiyeti itibarıyla fon alacağı niteliği taşıması da mümkündür. Bu nedenle bir alacağın fon alacağı niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemede kriter, yasanın alacağa bu statüyü verip vermediği (şekli kriter) ve alacağın doğrudan fon tarafından yapılan bir ödemeye, fonun halefiyetine ya da fona verilen zarara (maddi kriter) dayanıp dayanmadığıdır.

Alacağa fon alacağı niteliği veren yasa, kural olarak Bankacılık Kanunu'dur. Bankacılık Kanunu'na dayalı olarak yürürlüğe giren alt düzenleyici işlemlerin, yasada fon alacağı olarak tanzim edilmeyen bir alacağa bu statüyü vermesi mümkün değildir. Çünkü alt düzenleyici işlemler, kural olarak, yasanın uygulanmasını sağlamak dışında hukuki bir güce sahip değildir (AY. m. 115, 124). Bu nedenle her ne kadar TMSF tarafından “*Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik*” adı altında bir yönetmelik çıkarılmış olsa da, bu yönetmelikte yer alan alacakların tamamı, yasada “fon alacağı” statüsü verilen alacaklardan değildir. Nitekim yönetmeliğin tek dayanağı, fon alacağı

statüsünün kazanılmasında temel alınan, Bankacılık Kanunu'nun 132. maddesi değildir (TMSFTY. m. 2).

Alacağın fon alacağı olması için, bankalar hakkında yasada öngörülen tedbirlerin uygulanması gerekli değildir. Ancak fon alacaklarının önemli bir bölümü, bankalar hakkında Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinin uygulanması sonrasında ortaya çıkmaktadır. Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinde sayılan hallerden birinin ya da birkaçının gerçekleşmesi durumunda, BDDK tarafından bankanın fona devrine ya da faaliyet izninin kaldırılmasına karar verilmesi mümkündür. Bu karar özü itibariyle banka hakkında uygulanan –en üst seviyede- bir tedbirdir. Her iki tedbirin en önemli sonucu, banka yönetim ve denetimin fona intikal etmesi ya da ettirilmesidir (Bank.K m. 106/I, 107/I). Ancak bir bankanın yönetim ve denetiminin fona intikal etmesi/ettirilmesi, banka alacaklarına fon alacağı niteliği vermemektedir. Fonun tahsil yetkisi, yasal düzenlemeden kaynaklanmakta (Ör: Bank.K m. 110/I vs.), ancak bu yasal düzenleme alacaklı sıfatını değiştirmemekte, başka deyişle banka alacağına fon alacağı niteliği kazandırmamakta, sadece banka tüzel kişiliğine (yönetimine) ait yetkileri kullanma imkanı vermektedir (Bank.K m. 110/I,son).

Fon alacağı kavramının neyi ifade ettiği hususunda Bankacılık Kanunu'nun 132/I. maddesinden, bir yedek hukuk kuralı olarak yararlanmak mümkün olsa da, bu madde fon alacaklarını sınırlılamamakta, kural olarak 6183 sayılı kanuna tabi olarak tahsil edilebilecek olan alacakları göstermektedir. Dolayısıyla fon alacağı kavramı, bu maddede sayılandan daha geniştir (Örneğin Bank.K m. 132/VIII'de belirtilen alacak). Fon alacağı kavramına yasanın önemli bazı sonuçlar bağlaması ve bu alacakların kapsamını başta 132/I. madde olmak üzere belirlemeye çalışması, varılan bu sonucu desteklemektedir. Ancak fonun tahsil yetkisine sahip olduğu her türlü alacak, fon alacağı niteliğini taşımamaktadır.

Bu açıklamalar kapsamında yasal düzenleme incelendiğinde, Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesinden kaynaklanan alacakların, kural

olarak, fon alacağı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁷⁰³. Çünkü bu maddede tanzim edilen alacağın fon alacağı olduğuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde Bank.K m. 110/Ison hükmü, bu maddede yer alan alacağın mahiyeti itibariyle de –kural olarak- fon alacağı olmadığını dolaylı olarak ifade etmektedir. Anılan madde hükmüne göre fon, maddede belirtilen alacağı tahsil etmekte, ancak tahsilattan kendi ödemelerini⁷⁰⁴ mahsup ettikten sonra, bakiyeyi bankaya tevdi etmektedir. Şu halde, Bankacılık Kanunu'nun fon alacaklarına bağladığı sonuçların, bu madde kapsamındaki alacaklarda –kural olarak- uygulanma kabiliyeti yoktur. Spesifik olarak meselenin önem taşıdığı hallerden biri de zamanaşımıdır. Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesinden kaynaklanan alacaklar fon alacağı değilse, Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesinde ifade olunan “*Bu Kanundan kaynaklanan Fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi yirmi yıldır.*” hükmü, kural olarak⁷⁰⁵, 110. madde kapsamındaki alacaklar bakımından uygulanamayacaktır. Bu gibi hallerde, TTK'nın sorumluluk davaları için öngördüğü zamanaşımı süresi de uygulanamaz. Çünkü Bankacılık Kanunu öngörülen sorumluluk, özel bir sorumluluk halidir ve borcun sebebine göre genel hükümlerdeki zamanaşımı sürelerinin uygulanmasını gerektirir.

Fon alacaklarının tabi olduğu zamanaşımı süresi bakımından tereddüt doğuran bir diğer sorun, alacağın *ex lege* fon alacağı olmayıp da, fonun bir alacağı temlik alması suretiyle bu statüyü iktisap etmesi halinde uygulanacak zamanaşımı süresinin ne olduğu sorunudur. Kanaatimizce bu halde kazanılmış hakların korunması gerekmektedir. Zira fon alacağı statüsü doğrudan yasa tarafından verilmemekte, fonun yaptığı bir işleme dayalı olarak kazanılmaktadır. Temlik alınan alacak, devri öğrenme tarihi itibariyle zamanaşımına uğramış bir alacak ise, bu alacağın zamanaşımına uğradığı

⁷⁰³ Fon tarafından yapılan ödemeler için tahsil edilecek olan miktarın fon alacağı teşkil etmesi (Bank.K m. 110/I,son), maddi kriterden kaynaklanır. Keza Bankacılık Kanunu'nun fon alacağı niteliği tanıdığı haller de hükmün istisnasıdır.

⁷⁰⁴ Fon tarafından yapılan ödemeler, maddi kriter kapsamında fon alacağıdır.

⁷⁰⁵ 141. maddede öngörülen zamanaşımı süresi, fonun mevduat sahiplerine yaptığı ödemeler (Bank.K m. 110/I,son) ve yasanın fon alacağı statüsü verdiği diğer alacaklar bakımından uygulama kabiliyeti bulur.

borçlu tarafından savunma sebebi olarak kullanılabilir⁷⁰⁶ (BK.m. 167/I). Yasal düzenleme bir istisnaya yer vermese de, kazanılmış hakkın korunması ilkesi, yapılan yorumu haklı kılmaktadır.

§ 18. İBRA

I. GENEL OLARAK

Borçlar hukuku bakımından ibra, alacak hakkından vazgeçilmek suretiyle borçlunun borçtan kurtarıldığı bir hukuki işlemdir ve borçlunun da kabulünü gerektiren bir sözleşme ilişkisini gerektirir⁷⁰⁷. Anonim şirketler hukuku bakımından ise ibra, “*sorumlu kimselerin bilançonun tanzim edildiği dönem bakımından yönetim faaliyetleri nedeniyle dava edilmeyeceklerine ilişkin genel kurul beyanını*” ifade eder⁷⁰⁸.

TTK’da kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, müdürlerin ve denetçilerin ibrasına ilişkin düzenlemeler bulunmakla birlikte⁷⁰⁹, ibra kararının hukuki niteliği tayin edilmediği gibi, ibra kurumu da kapsamlı şekilde düzenlenmektedir⁷¹⁰.

Öğretide hakim görüş, ibra kararını hukuki açıdan “*menfi borç ikrarı*” olarak nitelendirmekte ve ibraya tek taraflı bir işlem niteliği vermektedir⁷¹¹. Anonim şirketler hukukundaki ibra, bu yönüyle Borçlar Kanunu’nda düzenlenen ibradan ayrılmaktadır. Anonim şirketler hukukunda borçlunun mevcut borcunun bilinip bilinmemesi önem taşımaz ve hatta bilanço döneminde yapılan işlemin gelecek dönemlerde ortaya çıkarabileceği zararlardan kaynaklanan sorumluluk da ibra kararı ile sona erer⁷¹². Genel kurul tarafından alınan karara istinaden, genel kurul tarafından bilinen ya da

⁷⁰⁶ Y. 13. HD 16.02.1976 T., 1975/1212 E. ve 1976/1049 K. sayılı ilamı.

⁷⁰⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 985 vd.

⁷⁰⁸ Meier-Wehrli, s. 114

⁷⁰⁹ TTK m. 310, 313/I, 347/IV, 374/II, 380

⁷¹⁰ Çamoğlu (Sorumluluk, 2007), s. 213

⁷¹¹ Doğrusöz, s. 296; Meier-Wehrli, s. 116 vd. Yazar işleme tek taraflı hukuki işlem niteliği tanımakla birlikte, genel kurul kararının ilgili kimselere ulaşması gerektiğini savunmaktadır (s. 120): Aytaç, Zühtü, Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara, 1982, s. 35 vd.; İbranın hukuki niteliği hakkında ayrıntılı değerlendirme için Bkz. Aytaç, s. 18 vd.

⁷¹² Meier-Wehrli, s. 114

bilinmeyen tüm borçlardan, yönetim kurulu üyelerinin ya da diğer ilgililerin borçtan kurtulması sözkonusudur⁷¹³.

Genel kurul tarafından alınan ibra kararı genel nitelikte bir ibra kararı olabileceği gibi, spesifik konulara ilişkin bir karar da olabilir. Kapsamı, genel kurul kararının içeriği belirleyecektir. Bilançonun tasdik edilmesi suretiyle alınan zımni ibra kararı, mahiyeti itibariyle genel nitelik taşır⁷¹⁴. Genel nitelikli ibra kararlarında, orta seviyede bir ortağın mevcut bilgi imkanları çerçevesinde bilgi sahibi olmadığı ya da olmasının beklenemeyeceği hususlar, ibranın kapsamına girmez⁷¹⁵.

Genel kurul ibra kararı aldıktan sonra, bu karardan vazgeçemez ve kararını geri alamaz. Bu düşünce kazanılmış hakların ihlal edilemeyeceği gerekçesine dayanmaktadır⁷¹⁶. Ancak kararın geri alınmasının haklı nedenlere dayalı olarak mümkün olduğunu kabul etmek gerekir⁷¹⁷. Haklı nedenlerin kapsamını, en geniş anlamda dürüstlük kuralı belirler.

Genel kurul kararına dayanması nedeniyle, genel kurul kararlarındaki sakatlık hallerine ilişkin esaslar, ibra kararı bakımından da uygulanır⁷¹⁸. Bundan başka öğretide nadir bir ihtimal de olsa irade sakatlıklarına dayalı olarak da ibra kararının iptalinin mümkün olduğu ve özellikle TMK m. 5 ve BK.m. 23 vd. (ZGB Art. 7 – OR Art. 23 ff.) hükümlerine dayanılabileceği kabul olunmaktadır⁷¹⁹.

II. İBRA KARARININ ŞAHSİ İFLAS DAVALARINA ETKİSİ

Fon tarafından açılan şahsi iflas davası, herhangi bir sığata değil, doğrudan Bankacılık Kanunu'nun öngördüğü özel bir düzenlemeye

⁷¹³ **Aytaç**, s. 32: Alman hukukunda ibraya tazminat talebinden vazgeçme sonucu bağlanmamaktadır. AktG. § 120 II, 2. Anonim şirketlerde yönetim kurulunun aynı zamanda çoğunluk tarafından seçilmiş olması gerçeği karşısında, neticede bir kimsenin kendi aldığı kararla kendisini borçtan kurtarması anlayışını reddeden bu düzenleme, menfaatler dengesi ve adalet düşüncesi bakımından isabetli bir yaklaşımının ürünüdür.

⁷¹⁴ **Çamoğlu** (Sorumluluk, 2007), s. 216

⁷¹⁵ **Çamoğlu** (Sorumluluk, 2007), s. 216 vd.

⁷¹⁶ **Çamoğlu** (Sorumluluk, 2007), s. 230

⁷¹⁷ **Çamoğlu** (Sorumluluk, 2007), s. 230

⁷¹⁸ **Çamoğlu** (Sorumluluk, 2007), s. 228 vd.; **Meier-Wehrli**, s. 133 vd.

⁷¹⁹ **Çamoğlu** (Sorumluluk, 2007), s. 229; **Meier-Wehrli**, s. 133 vd. Yazar konuya örnek olarak meşhur Volksbank Reiden AG. kararı göstermektedir. Federal mahkemenin bu davada esaslı temel hatasına dayalı olarak genel kurulun ibra kararını iptal etmişti.

dayandığından, ibra kararının fonun açacağı dava hakkında herhangi bir etkisi bulunmamaktadır⁷²⁰.

III. BANKACILIK KANUNU UYARINCA İBRA KARARININ İPTALİ VE HUKUKİ SORUMLULUK

Bankacılık Kanunu, banka yönetim kurulu üyeleri hakkında daha önceden verilmiş bir ibra kararı bulunması gerekli olmamakla birlikte, verilmiş ibra kararının bulunduğu hallerde bunun iptalini talep hususunda da fonu yetkilendirmiştir (Bank.K m. 133/I,II).

Bankacılık Kanunu'nun 133. maddede öngördüğü sorumluluk hali, "sorumluluk davalarına ilişkin istisnai" yetkiler başlığını taşımakla birlikte, bu davaların hangi sorumluluğa ilişkin istisnai bir yetki olduğu konusunda açıklık bulunmamaktadır. Madde düzenlemeleri incelendiğinde, öngörülen hallerin istisnai bir yetkiyi değil, sorumluluğun doğumu bakımından kurucu bir etkiye sahip olduğu saptanmaktadır.

A. Faaliyet İzninin Kaldırılması Halinde Sorumluluk

1. Davanın Şartları ve Niteliği

Faaliyet izni kaldırılan bir banka hakkında iflas yoluyla ya da bankanın iflasına karar verilmemesi halinde Bankacılık Kanunu hükümleri çerçevesinde tasfiye işlemleri gerçekleştirilecektir (Bank.K m. 106). Faaliyet izni kaldırılan bankalar hakkında tasfiye dışında bir uygulamaya gidilmesi mümkün değildir. Bankacılık Kanunu'nun 133/I. maddesinde öngörülen sorumluluk halinin ön koşulu, bankanın faaliyet izninin kaldırılmış olmasıdır. Fona devredilen bankalar bakımından bu maddenin uygulanma imkanı bulunmamaktadır.

Oldukça uzun sürebilecek tasfiye süreci neticesinde, tasfiyenin tamamlanmasına rağmen, tasfiye alacaklılarının alacaklarını tahsil edememesi ihtimal dahilindedir. Bankacılık Kanunu, böyle bir ihtimale binaen, fon tarafından sorumluluğu tesbit edilen ilgililer aleyhine tazminat davası açılmasına izin vermektedir (Bank.K m. 133/I). Tasfiyenin tamamlanmış

⁷²⁰ Akdağ-Güney (2010), s. 323

olması dava şartı olduğundan, bu şart gerçekleşmeden, bu maddeye dayalı olarak dava açılması mümkün değildir.

Yasa zararın tazmini için fona dava açma yetkisi vermekle birlikte, bu davanın hangi sıfatla açılacağı ve hangi alacak için talepte bulunulacağı konusunda açıklık bulunmamaktadır. Madde gerekçesinde de hukuki tesbit yapmaya yetecek kuvvette bir açıklama bulunmamaktadır. Bu nedenle maddenin yorumlanması suretiyle, nasıl bir alacağın sözkonusu olduğu tesbit edilmeye çalışılacaktır.

Anılan madde uyarınca sorumluluk davası açılabilmesi için (varsa) ibra kararının iptali⁷²¹ istenileceğinden, fonun bu davadaki sıfatı, ibra kararından etkilenenler gözetilmek suretiyle belirlenmelidir. Başka bir deyişle ibra kararının bulunduğu hallerde fonun doğrudan Bankacılık Kanunu'nun 133/l. maddesinde belirtilen sorumluluk davasını açması mümkün olmayıp, öncelikle ibra kararının iptalini mahkemeden talep etmesi gerekmektedir.

İbra kararı alacaklıların dava hakkını etkilemediğinden⁷²², sorumluluk davasının alacaklı sıfatına dayalı olarak açılması halinde, ibra kararının iptaline ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu nedenle fonun bu madde uyarınca açacağı dava, fonun alacaklı sıfatından kaynaklanmamaktadır. Sözkonusu alacaklı sıfatı, hem banka alacaklısı olma hem de yasanın kendisine verdiği yetkilerden ve alacak haklarından kaynaklanan sıfatları kapsar. Dolayısıyla fonun bu davayı alacaklı sıfatına dayalı olarak açmadığının, ibra kararından etkilenen bir kişi adına açığının kabulü gerekir. İşlemlerden dolayı doğrudan zarara uğrayan kimseler, bu davaları ibra kararından etkilenmeksizin açabileceğinden, ibra kararının bu alacaklar üzerinde de etkisi bulunmamaktadır⁷²³.

Açılacak sorumluluk davası bakımından, ibra kararının olumsuz etkide bulunduğu ilk kişi, banka tüzel kişiliğidir. Çünkü ibra kararı ilkin banka tüzel kişiliğinin yönetim kurulu üyeleri ve denetçileri aleyhine açacağı sorumluluk

⁷²¹ İbra bağımsız bir dava ile ya da sorumluluk davası ile aynı dava içerisinde talep edilebilir. **Reisoğlu**, s. 1504; **Kırca**, (İbra, 2006), s. 48

⁷²² Bu görüş öğretide oybirliğine yakın bir çoğunluk tarafından kabul edilmektedir. Ayrıntılı açıklama için Bkz. **Çamoğlu** (Sorumluluk, 2007), s. 239

⁷²³ **Çamoğlu** (Sorumluluk, 2007), s. 239, 240

davasını engeller⁷²⁴ ve banka adına açılacak davalarda öncelikle varsa ibra kararının iptali gerekecektir. İkinci olarak, ortakların dolaylı zararlar için açacağı sorumluluk davası bakımından ibra kararının iptalini talep etmeleri akla gelebilir. Ancak faaliyet izninin kaldırılması halinde, ortaklık hakları fona geçmediğinden, fonun ortaklar adına bu davayı açması mümkün değildir. Bu durumda fonun ibranın iptalini sadece banka adına istemesi mümkündür. Öte yandan fonun, ibranın iptalini tasfiye tamamlandıktan sonra istemesi gerektiğinden, fon banka nam ve hesabına tahsil talebinde bulunacak, ancak bu davadan tahsil edilebilecek tutarın tasfiyeye dahil edilmesi mümkün olmayacak ve hatta nam ve hesabına tahsilat yapılan banka, tüzel kişiliğini yitirmiş olacağından (Tas.Y. m. 42), tahsil edilen miktar, fon yedinde kalacaktır. Şu halde kanuni düzenlemeden, fon tarafından başkası nam ve hesabına tahsil edilen tutarın, fon varlığına dahil edileceği gibi bir sonuca ulaşılmaktadır. Ancak bu sonuç, tasfiye alacaklıları haklarının haksız bir şekilde fona tahsis edilmesini ifade etmektedir ve hukuk düzeni bunun bir aracı olarak kullanılmaktadır. Bu maddeye dayalı davalar bakımından, mükerreren dava açılma tehlikesine de öğretilerde işaret edilmektedir⁷²⁵. Bu bakımdan madde hakkında anayasaya aykırılık yönünde yapılan eleştiriler⁷²⁶, mevcut açıklamalar yönüyle de değerlendirilmelidir.

Öğretilerde *Tekinalp* de, madde kapsamında sadece Fon'a davacı sıfatı verilip, diğer alacaklıların dava hakkından mahrum bırakılmasını ve tazminatın taksiminin yasada tanzim edilmemiş olmasını haklı olarak oldukça sert bir üslupla eleştirmektedir⁷²⁷.

2. Davalı Sıfatı

Bankacılık Kanunu'nun 133/l. maddesinde belirtilen davada davalıların kapsamı sayım suretiyle belirlenmiş ve yöneticilerden daha dar kapsamlı

⁷²⁴ Çamoğlu (Sorumluluk, 2007), s. 234

⁷²⁵ Tekinalp, (Banka Hukuku, 2009), s. 313

⁷²⁶ Alıcı, s. 1121

⁷²⁷ Tekinalp, (Banka Hukuku, 2009), s. 315

tutulmuştur. Bu yaklaşım davanın TTK'da tanzim edilen sorumluluk davası esaslarından hareket edildiği kanaatini doğurmaktadır⁷²⁸.

Kanaatimizce de madde metninde bu düşünceye haklılık verecek eğilimlere rastlamak mümkündür. Ancak sorumluluk davasının davalıları yönünden "sorumlulukları tesbit edilen ortaklar"a yer verilmiş olması, TTK'da yer almayan bir genişlemeyi ifade etmektedir. Sorumlulukları tesbit edilen banka ortakları hakkında verdikleri zararlardan dolayı tazminat davası açma imkanının tanınması, acaba TTK'da anonim ortaklıkları karakterize eden ortakların taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı sorumluluğunu öngören esasın ihlali anlamını mı taşımaktadır? Gerçi hakim ortaklar hakkında öngördüğü düzenleme ile Bankacılık Kanunu, TTK'da öngörülen kuralı ortadan kaldırmıştır. Ancak bu maddede davalı olarak hakim ortak değil, ortak bahs olunmaktadır. Maddede geçen ortak kavramının neyi ifade ettiği konusunda öğretilerdeki görüş, kavramın hakim ortak olarak nitelendirilsin ya da nitelendirilmesin tüm ortakları kapsadığı yönündedir⁷²⁹.

Kanaatimizce Bankacılık Kanunu düzenlemesinin sisteminden hareketle maddede bahsi geçen ortakların hakim ortaklar mı yoksa sorumluluğu tesbit edilen herhangi bir ortak mı olduğunun belirlenmesi gerekir. Gerçi yukarıda çoğu kez değinildiği üzere Bankacılık Kanunu'nun sorumluluk hükümlerinin tanziminde bir sistemden yararlanılmadığı açıktır. Ancak genel olarak incelendiğinde, hakim ortakların sorumluluğuna gidilmesini esas alan bir sistemin kurulduğu söylenebilir. Bu düşünceyi destekleyen bir yaklaşım, *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik*'te de yer almaktadır. Anılan yönetmeliğin 41/l. maddesi, Bankacılık Kanunu'nun 133/l. maddesinde belirtilen hükmün uygulanmasına ilişkin esasları içermektedir ve içerik olarak kanun hükmüyle hemen hemen aynı düzenlemeye sahiptir. Yönetmelikteki düzenlemede de hakim ortaklardan değil, ortaklardan bahsedilmektedir. Ancak yönetmeliğin 41. maddesi, yönetmeliğin sekizinci bölümü içerisinde kalmaktadır ve sekizinci bölümün başlığı, "*Hakim Ortak ve*

⁷²⁸ Alıcı, s. 1121; Doğrusöz, s. 299

⁷²⁹ Tekinalp, (Banka Hukuku, 2009), s. 314; Reisoğlu, s. 1504; Doğrusöz, s. 299

Yöneticiler ile İlgili Alınacak Tedbirler ile Hakim Ortak ve Yöneticiler Aleyhine Açılacak Davalar"dır. Bu bakımdan kanaatimizce Bankacılık Kanunu düzenlemesinde de asıl amaç, ortakların değil, hakim ortakların sorumluluğunun tanzim edilmesidir.

3. Zamanaşımı

Bankacılık Kanunu 133/l. maddesinde, tasfiyenin tamamlanmasından itibaren beş yıl içinde dava açılması imkanı tanınmış olmakla birlikte⁷³⁰, belirtilen alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresinin hangi alacakları kapsadığı hakkında öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre bu alacak hakkında da Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesinde belirtilen zamanaşımı süresi üst sınır olarak uygulanmalıdır. Buna göre maddede belirtilen alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresi 20 yıldır ve sorumluluk gerektiren fiilden itibaren bu süre geçmemiş olmalıdır⁷³¹.

Zamanaşımına ilişkin diğer görüş, davanın 5 yıllık bir zamanaşımı süresine tabi olduğu yönündedir. Sürenin başlangıcı ise tasfiyenin tamamlanması anı olup, tasfiyenin tamamlanmasından maksat, "*çağrıya cevap verilerek bilinen banka borçlarının ödendiği veya tevdi edildiği tarih*"tir⁷³².

Kanaatimiz, Bankacılık Kanunu'nun 133/l. maddesini esas alan ikinci görüşün daha isabetli olduğu yönündedir. Çünkü öncelikle, maddede yer alan alacak, fon alacağı değil, bir başkası adına fona dava açma yetkisi verilen bir alacaktır. Bu bakımdan fon alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresinin uygulanması düşünülemez. İkinci olarak madde özel bir sorumluluk sebebini düzenlemektedir ve alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresini özel olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla burada yeniden 20 yıllık zamanaşımı süresinin üst sınır olarak uygulanması mümkün değildir. Nitekim maddede yer alan zamanaşımı süresi, esas itibarıyla yirmi yıllık zamanaşımı süresini de aşmaktadır. Hangi tarihte doğmuş olan alacakların zamanaşımına tabi

⁷³⁰ Beş yıllık süre, ibranın iptaline yönelik talep için de geçerli olduğundan, bu taleple sınırlı olarak sürenin hak düşümü süresi olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bkz. **Kırca**, (İbra, 2006), s. 47

⁷³¹ **Alıcı**, s. 1122; **Kırca**, (İbra, 2006), s. 49

⁷³² **Tekinalp**, (Banka Hukuku, 2009), s. 315

olduğu hakkında bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Önemli olan tasfiyenin tamamlanmasından itibaren beş yıl içerisinde davanın açılmasıdır. Burada genel hükümlerdeki zamanaşımı süresinin de uygulanması kabul edilemez. Çünkü madde lafzı, TTK m. 309/IV hükmünde belirtilen kısa zamanaşımı süresinin uygulanmasını engelleyecek kuvvettedir. Belirsizliğin anayasal esaslar karşısında himaye edilip edilmeyeceği, tartışmaya açıktır. Zamanaşımı süresinin başlangıcı, tasfiyenin tamamlanmasıdır.

B. Fon Bankalarının Devri, Birleşmesi, Hisselerinin Üçüncü Şahıslara Devri ve Tasfiyesi Halinde Sorumluluk

Bankacılık Kanunu'nun 133/II,3. maddesi fon bankalarının başka bir bankaya devri, başka bir banka ile birleşmesi, hisselerinin üçüncü kişilere devredilmesi ya da tasfiyelerine karar verilmesi hallerinde, bahsi geçen işlemlerin tamamlanması sonrasında sorumluluğu tesbit edilen eski yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler hakkında sorumluluk davası açılabileceğini öngörmektedir.

Fon bankası kavramı, Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre fon bankası, "*Mülga 3182 sayılı Bankalar Kanunu, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanunu ve bu Kanun uyarınca temettü hariç ortaklık hakları ile yönetimi ve denetimi Fona intikal eden bankalar ile Fonun çoğunluk hissesine sahip olduğu bankaları*" ifade etmektedir. Bu nedenle düzenleme, Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesi uyarınca fona devredilen bankalar ile çoğunluk hissesi fona ait olan bankaların yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerinin sorumluluğunu kapsamaktadır.

Madde uyarınca davalı sıfatı yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerle sınırlıdır ve 133/I. maddeden farklı olarak ortaklar aleyhine sorumluluk davası açma yetkisi fona tanınmamıştır. Ortakların verdikleri zararlarla ilgili sorumluluk, Bankacılık Kanunu'nun 108/V. maddesinde düzenlendiğinden, ortakların sorumluluğuna gidilmesine gerek görülmemiştir.

Maddede düzenlenen sorumluluk hali, fonun açmayı ihmal ettiği sorumluluk davalarına ilişkindir⁷³³. Bu açıdan madde düzenlemesi, fonun sorumlular hakkında dava açma hakkını dondurmakta ve maddede geçen işlemler tamamlandıktan sonra fona, “kendi adına” dava açma hakkı vermektedir. Bu bakımdan madde, bir bankanın fon bankası olması halinde, bizatihi bu durumun, fonun bu bankanın sorumluluğu tesbit edilen yönetim kurulu üyeleri ve denetçileri aleyhine sorumluluk davası açabilmesi için yeterli olduğu düşüncesine dayalıdır. Bankanın devri, birleşmesi, hisse devri ya da tasfiyesi, ilgililerin sorumluluğu bakımından, neticeye etki etmemekte ve bu işlemler tamamlandıktan sonra 5 yıl süreyle eski yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilmektedir. Belirtilen zamanaşımı süresinin, Bankacılık Kanunu’nun 133/İ. maddesinde öngörülen süre ile aynı esaslara tabi olduğunu kabul etmek gerekir.

Fonun dava hakkı, ortaklık hakları dahil, bankanın yönetiminin fona devredilmesinden kaynaklanmaktadır. Bir kez devir gerçekleştikten sonra, bu banka yasada belirtilen işlemler yapılmak suretiyle fon bankası sıfatını kaybetse bile, kanun koyucu bankanın fon bankası niteliğinin devam ettiğini kabul etmektedir. Ancak bu anlayış, yasadaki özel bir düzenleme ile çelişki içerisindedir. Çünkü Fon davayı banka adına değil, kendi adına açmaktadır (Bank.K m.133/II,3). Öte yandan dava açmak için, banka genel kurulunun kararına gereksinim duymaktadır (Bank.K m. 4). Fon’un kendi adına dava açması için böyle bir gereksimin duyulması eleştiriye açıktır⁷³⁴.

Aynı şekilde fonun sorumlular aleyhine dava açabilmesi için aranan bir diğer şart, şayet mevcutsa ibra kararının iptal edilmesidir (Bank.K m. 133/II,3). Sorumluluk davası ile ibranın iptali davası birlikte ya da ayrı ayrı açılabilir. Açılan davaların kimin hesabına açıldığı hususunda yasada açıklık bulunmamakla birlikte, istisnai yetkilere dayalı bu davalardan elde edilecek gelirin fona ait olduğu, yasal düzenlemeden dolayı olarak anlaşılmaktadır⁷³⁵.

⁷³³ *Alıcı* fon bankasının devir, birleşme, hisse devri ve tasfiyesi hallerinde çeşitli nedenlerle sorumlular hakkında dava açılmadığını ve maddede tanzim edilen dava hakkının bu ihtimalden kaynaklandığını vurgulamaktadır. Bkz. *Alıcı*, s. 1122

⁷³⁴ Aynı yönde *Alıcı*, s. 1123

⁷³⁵ Aynı yönde *Reisoğlu*, s. 1506

Fon bankalarının hisselerinin üçüncü şahıslara devri halinde sorumluluğu sözkonusu olabilecek kimseler hakkında açılan davalara fonun kanuni halef sıfatıyla devam etmesi ve elde edilen tutarların fona ait olması, varılan bu sonucu desteklemektedir (Bank.K m. 133/II,1,2). Şu halde fon, yasa tarafından, bankaya ait olan alacakları kendi nam ve hesabına tahsil için yetkilendirilmiş bulunmaktadır. Kanaatimizce fonun bu davaları kendi adına açabilmesi için, bankanın fona devredilmesi nedeniyle fonun uğramış olduğu ve tazmin edilmemiş bir zararın varlığı şarttır. Ancak yasal düzenleme böyle bir koşula yer vermeyip, bankaya ait olan hakkın, fona ait olduğunu kabul etmektedir. Bu durum, fon açısından haksız bir iktisap teşkil etmektedir. Görevi mali durumu bozulan bankanın bu durumunu düzeltmek olan fona, banka alacaklarını geçerli bir hukuki sebep bulunmaksızın devreden yasal düzenlemenin, kişi hak ve özgürlüklerine yaptığı bu müdahalenin anayasal geçerliliği tartışma konusudur.

Ş 19. YÖNETİCİ SORUMLULUK SİGORTASI (D&O LIABILITY INSURANCE)

Banka yöneticisi kavramının şahıs itibariyle oldukça çok sayıda kimseyi kapsamaması, genel olarak bankaların iş hacmi, faaliyet sahasının genişliği gibi sebepler, bankalarda yöneticilerin sorumluluk riskini oldukça artırmaktadır. Sözkonusu risk, özellikle banka hakkında nihai tedbirlerin uygulanması halinde, tek bir ya da birkaç kişinin malvarlığı ile telafi edilemeyecek yüksek meblağlara ulaşması bakımından dikkat çekicidir. Gerek tazmini mümkün olmayan bu zararların giderilmesi, gerekse yöneticilerin sorumluluk riskinin azaltılması ya da ortadan kaldırılması bakımından, sigorta himayesinden yararlanılması bir çözüm yolu olarak kullanılabilir.

Yöneticiler tarafından verilen zararların farklı sigortalar kapsamında himayesi mümkün olsa da, Amerikan ve Kıta Avrupası hukuklarında D&O sigortası yaygın bir uygulamaya sahiptir. D&O sigortası üçlü bir ilişkiyi ifade etmekte olup, sigorta sözleşmesi kural olarak sigortalı organ üyeleri ile değil, şirket ile akdolunur. Bu sigorta türünde sigorta şirketi sigortacı (*Versicherer*),

sözleşmeyi imzalayan şirket sigorta ettiren (*Versicherungsnehmer*) ve şirket yönetim organları sigortalı (*versicherte Personen*) olarak isimlendirilir, prim şirket tarafından ödenir ve sözleşme, başkası hesabına sigorta sözleşmesi olarak nitelendirilir⁷³⁶.

I. TARİHİ GELİŞİM

Anglo-Sakson hukukunda yöneticiler 1950'li yıllardan beri bu sorumluluk sigortasının özel bir türünden yararlanmaktadır⁷³⁷. Amerikan hukukunda *D&O liability insurance*⁷³⁸ olarak isimlendirilen sigorta türü, büyük buhran sonrasında yöneticilerin sorumluluklarının 1933 tarihli "Menkul Kıymetler Kanunu" ve 1934 tarihli "Menkul Kıymet Borsaları Kanunu" aracılığıyla sertleştirilmesi sonrasında, *Lloyd's* (London) şirketinin bu risklerin sigortalanmasına yönelik uygulamalarıyla başlamıştır. Dolayısıyla bu sigorta türünün ortaya çıkması, yasal gelişime tepkinin ürünüdür. 1930'lu yılların ortalarında Amerikan piyasalarında bu sigortanın yapılması mümkün olmasına rağmen, yöneticilerin (*D&O*) sorumluluğunun, genellikle tazminat davalarının şirket aleyhine açılması ve mahkeme dışında sorunların çözümlenmesi nedeniyle bahsedilen sigorta türü yaygınlaşmamıştır⁷³⁹. Ancak özellikle 1960'ların sonunda yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin davaların ve bu davalardan yöneticilerin malvarlıksal olarak olumsuz etkilenme riskinin artması karşısında, sigorta uygulamaları artmış ve 1980'li yıllarda uygulama yaygınlaşmıştır⁷⁴⁰. Günümüzde Amerika'da uygun bir poliçe ile sigortalanmadığı müddetçe, icracı yöneticiler yönetim kurulu üyeliğini kabul etmemektedirler⁷⁴¹.

Alman hukukunda ise yönetici sorumluluk sigortası (*Managerhaftpflicht-Versicherung*) uygulamasının başlangıcı 19. yüzyılın

⁷³⁶ **Küpper-Dirks**, Monika; *Managerhaftung und D&O-Versicherung*, Karlsruhe, 2002, s. 63; **Kästner**, Karin; *Aktienrechtliche Probleme der D&O-Versicherung*, AG. 2000, (s. 113-122) s. 114; **Schmitt**, Stefan Martin; *Organhaftung und D&O-Versicherung*, München, 2007, s. 100

⁷³⁷ **Bartschi**, s. 39; **Horst**, Ihlaz, *Organhaftung und Haftpflichtversicherung*, Berlin, 1997, s. 35

⁷³⁸ Yabancı hukuk çevrelerinde de "*D&O*" kavramı herhangi bir çeviri yapılmaksızın, İngilizce'de olduğu gibi kullanılmaktadır.

⁷³⁹ **Küpper-Dirks**, s. 61

⁷⁴⁰ **Küpper-Dirks**, s. 61; **Horst**, s. 35

⁷⁴¹ **Schmitt**, s. 97

sonlarına kadar götürülmektedir. Ancak yöneticilerin sorumluluğunun sigorta aracılığıyla himaye edilmesi, ahlaki kaygılar nedeniyle yaygınlık kazanmamıştır⁷⁴². Amerikan D&O poliçesinin Alman sigorta piyasasında yaygınlık kazanmaya başlaması, Alman hukukunda da bu sigorta türüne yönelik eğilimleri artırmış ve ilk kez 1986 yılında bir Amerikan şirketi, malvarlığı zararı sorumluluk sigortasını (*Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung*) Alman sigorta piyasasına dahil etmiş, nisbeten uzunca bir süre Amerikan şirketleri bu sigorta türü bakımından piyasaya hakim olmuş ve ancak 1995'den itibaren Alman sigorta şirketleri bu poliçe türü kapsamında hizmetler sunmuştur⁷⁴³.

İsviçre hukukunda sözkonusu sigorta türü, grup sigortası kapsamında değerlendirilmekte ve işletme yönetiminde görevlendirilen kimseler için mesleki sorumluluk sigortası olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu sigorta türü Amerika'dan farklı olarak İsviçre'de 80'li yılların sonlarında pek ilgi görmemekte idi⁷⁴⁴. Yakın tarihe kadar İsviçre uygulamasında D&O sigortası yaygın olmamakla birlikte, yöneticilerin vermiş oldukları zararlara ilişkin olarak D&O sigortasına benzer nitelikte sigortalara rastlanılmaktadır. Ancak son yıllarda bu sigorta türlerinin en önemlisi olan D&O sigortası uygulaması gelişmeye başlamıştır⁷⁴⁵.

Türk hukukunda da yabancı ülke uygulamalarında olduğu gibi sigorta şirketleri tarafından D&O sigortası son yıllarda uygulamaya başlanmıştır ve başkası hesabına sigorta türüdür. Türkiyedeki uygulama, mesleki sorumluluk sigortası çerçevesinde şekillenmektedir ve mesleki sorumluluk sigortası şartları uyarlanmak suretiyle sigorta poliçeleri oluşturulmaktadır⁷⁴⁶.

⁷⁴² 1895 yılında *Algemeine Deutsche Versicherungsverein*, paylı ortaklıklar, kooperatifler ve limited şirketler kanunlarına tepki olarak, bir gözetim kurulu sorumluluk sigortası sunmaya başlamıştır. **Küpper-Dirks**, s. 62; **Horst**, s. 47; **Barzen**, Carola/**Brachman**, Harald/**Braun**, Marcel-Patric, *D&O-Versicherung für Kapitalgesellschaften*, Karlsruhe, 2003, s. 103

⁷⁴³ **Küpper-Dirks**, s. 63; **Kästner**, s. 114

⁷⁴⁴ **Forstmoser**, (*Verantwortlichkeit*, 1987), Rn. 1165, s. 328

⁷⁴⁵ **Bartschi**, s. 39

⁷⁴⁶ **Kervankıran**, Emrullah, *Sermaye Şirketlerinde Yöneticilerin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası (D&O-Insurance)*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (10. Kuruluş Armağanı), 2008/1, (s. 237-274), s. 264 vd.; *Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları yürürlüğe girmeden önceki dönemde Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları'nın 2. maddesi hükmünden hareketle D&O sigortasının Türk Hukuku bakımından uygulanabileceği öğretide kabul edilmekte idi.*

II. KAPSAMI

İsviçre hukukunda D&O sigortası, şahıs itibariyle şirkette yönetici pozisyonunda bulunan kimseleri kapsamaktadır⁷⁴⁷. Bu kapsama organ özelliği taşıyan ya da fonksiyonel anlamda organ sıfatı bulunanlar ile işletmenin hakim olduğu şirketlerde benzer niteliği taşıyanlar girmektedir⁷⁴⁸. Özellikle lehine sigorta yapılan kimselerin, sigorta primine genellikle %10 seviyesinde katılım payı ödemesinin, ahlaki riskten (*moral hazard*) kaynaklanabilecek olumsuzlukları bertaraf edebileceği öngörülmektedir⁷⁴⁹.

D&O sigortası, malvarlığı zararlarına ilişkin bir sorumluluk sigortası türüdür. Malvarlığı zararından sorumlu kimselerin tazmin yükümü, bu sigorta aracılığıyla sigortacıya aktarılmaktadır⁷⁵⁰. D&O sigortasında himaye⁷⁵¹, bir kimsenin organ sıfatına dayalı olarak yasal bir sorumluluk hükmü çerçevesinde dava edilmesi ve yalın malvarlığı zararının⁷⁵² (*reine Vermögensschaden*) mevcudiyeti halinde sağlanmaktadır⁷⁵³. Özellikle şirketin iflası halinde sigorta kapsamı oldukça yüksek miktarlara ulaşabilmektedir. Bu nedenle diğer malvarlığı zarar sigortalarından daha

Bkz. **Tekil**, Müge, Anonim Ortaklık Yöneticileri ile Denetçileri İçin Sorumluluk Sigortası, Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul, 2003, s. 123; Ancak Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın uygulanmaya başlanmasıyla birlikte, bu sigorta genel şartlarından yararlanılarak D&O sigortasının yapılabileceği kabul edilmektedir. **Kervankıran**, s. 265

⁷⁴⁷ **Bartschi**, s. 39

⁷⁴⁸ **Luterbacher**, Thierry, Verantwortlichkeit und Versicherung, in: Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Hrsg. von Charlotte M. Baer, (s. 129-165), Bern, Stuttgart, Wien, 2003, s. 160

⁷⁴⁹ **Luterbacher**, s. 162; Alman Hukukunda da D&O sigortasının, yönetimde özen yükümünü zaafiyete uğratacağı, sorumluluk hukukunun caydırıcı etkisini olumsuz etkileyeceği yönünde kaygılar bulunmaktadır. (Bkz. **Kästner**, s. 122). Bu nedenle Alman Corporate Governance Kodeksi'nde (Ziff. 3 Abs. 2) D&O sigortaları akdedilirken makul bir katılım payı kararlaştırılması tavsiye edilmektedir. **Krieger**, Gerd/**Sailer**, Viola, in: Aktiengesetz, Kommentar, Hrsg. von Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus, Köln, 2008 § 93 AktG. Rn. 70.

⁷⁵⁰ **Bartschi**, s. 40

⁷⁵¹ D&O sigortasına ilişkin bu açıklamalar, İsviçre'de bu sigorta sözleşmesini akdeden özel bir sigorta şirketine ait poliçe esas alınmak suretiyle yapılmaktadır.

⁷⁵² Yalın malvarlığı zararı, şahsa (*Personenschaden*) ve mala (*Sachschaden*) verilen zararlar ile bunlardan türeyen zararlar dışında kalan malvarlığı zararlarını ifade etmektedir. Bir kimsenin yaralaması ya da öldürmesi suretiyle verilen zararlar, şahıs zararlarıdır. Mala verilen zararlar ise bir eşyanın bozulması, kırılması ya da zayı edilmesi suretiyle ortaya çıkan zararlardır. **Schnyder**, Anton K., in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Hrsg. von Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang, Basel, 2007, Art. 41, Rn. 11, 12; **Schneider**, Uwe H., in: Scholz GmbHG, Kommentar, Köln, 2007, § 43 GmbHG, Rn. 440

⁷⁵³ **Luterbacher**, s. 159; **Küpper-Dirks**, s. 64; **Schmitt**, 104

yüksek bir risk himaye kapsamındadır⁷⁵⁴. Toplam himaye miktarı ise 1-50 milyon İsviçre Frankı arasındadır⁷⁵⁵.

Şirketteki payı %15 ve üzerinde olan pay sahipleri bu sigorta türünde büyük pay sahibi olarak nitelendirilmekte ve bunlar tarafından yöneltilen talepler sigorta kapsamı dışında kalmaktadır. Benzer şekilde organ sıfatı ile bağdaşmayan faaliyetler ve çevreye verilen zararlarda sigorta himayesi azalmaktadır⁷⁵⁶.

Sigorta kapsamında organların yükümlülük ihlaline dayalı tazminat talepleri yanında, avukat, bilirkişi ve mahkeme masrafları da karşılanmaktadır⁷⁵⁷.

III. BENZER SİGORTA TÜRLERİ İLE İLİŞKİSİ

İsviçre hukukunda şirket organlarının, bu kapsamda yöneticilerin vermiş oldukları malvarlığı zararlarından doğacak sorumlulukların sigortalanması bakımından farklı ihtimaller mevcuttur. Bu kapsamda yönetim kurulu üyelerinin icracı niteliği bulunup bulunmaması esas alınmak suretiyle mesleki sorumluluk sigortasından (*Berufhaftpflichtversicherung*) yararlanma imkanı kabul edilmekle birlikte, icracı görevi bulunan yönetim kurulu üyeleri (*geschäftsführende Verwaltungsräte*) bakımından mesleki sorumluluk sigortasından yararlanma imkanı reddedilmektedir⁷⁵⁸. Ancak icracı görevi bulunan yönetim kurulu üyeleri için, münferit şahsi sigorta⁷⁵⁹ yanında, kurulun tamamı için geçerli olacak şekilde toplu olarak⁷⁶⁰ malvarlığı zararı sorumluluk sigortası yaptırabileceği gibi, yönetim kurulu yanında, organ sıfatı olan diğer yöneticileri de kapsayacak şekilde D&O sigortası yaptırılabilir⁷⁶¹.

Alman hukukunda çifte sigorta yasağı kapsamında, D&O sigortasının, ilk etapta benzer nitelik arzettikleri düşünülen diğer sigorta türleri ile ilişkisinin

⁷⁵⁴ Luterbacher, s. 160

⁷⁵⁵ Luterbacher, s. 162

⁷⁵⁶ Luterbacher, s. 161

⁷⁵⁷ Küpper-Dirks, s. 63

⁷⁵⁸ Bartschi, s. 39, 40; Luterbacher, s. 136

⁷⁵⁹ Bkz. Luterbacher, s. 153 vd.

⁷⁶⁰ Bkz. Luterbacher, s. 158 vd.

⁷⁶¹ Luterbacher, s. 136: Bartschi de, D&O'nun yanında mesleki sorumluluk sigortasının benzer bir işlevi göreceği ifade etmektedir. Bkz. Bartschi, s. 39

belirlenmesi ve himaye sınırlarının tam olarak çizilmesi zorunluluğu dile getirilmekte ve bunların D&O sigortası ile koordinasyonuna vurgu yapılmaktadır⁷⁶². Bu kapsamda işletme sorumluluk sigortası (*Betriebshaftpflichtversicherung*), sigorta ettirenin ticari faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğu yanında işletmenin yasal temsilcisi ve işletmenin yönetim ve gözetiminden sorumlu kimselerin sorumluluğunu kapsadığından, bu sigorta kapsamında sorumlulukları sigorta himayesi altında olup da aynı zamanda sorumlulukları D&O sigortası çerçevesinde himaye edilen kimselerin, sadece şahıslara ve mallara verdikleri zararların işletme sorumluluk sigortası ile sigorta ettirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷⁶³. Mesleki sorumluluk sigortası (*Berufshaftpflichtversicherung*) bakımından yöneticinin aynı zamanda ilgili mesleği yapıp yapmadığının esas alınması gereğine vurgu yapılmakta⁷⁶⁴; ürün sorumluluk sigortasında (*Produkthaftpflichtversicherung*) yöneticilerin sigorta edilen sorumluluğunun şahsa ve mala verilen zararlarla sınırlı olduğu, iç ilişkideki sorumluluk bakımından D&O sigortasının tamamlayıcı işleve sahip olduğuna işaret edilmektedir⁷⁶⁵.

IV. BANKA YÖNETİCİLERİ BAKIMINDAN UYGULANMA KABİLİYETİ

Yukarıda değinildiği üzere D&O sorumluluk sigortası bakımından öne sürülen temel kaygılar, ahlaki niteliktedir ve sigortanın yöneticiler bakımından özen yükümü ihlallerine yöneltebileceği dile getirilmektedir. Ancak bu kaygıların, sigorta primine şahsi katılım suretiyle azaltılması mümkün olduğu gibi, zararın tazminine belirli oranda katılımlarını sağlayacak yükümlülüklerin öngörülmesi de mümkündür.

Ahlaki kaygılar haricinde bu sigorta türünün hukukumuzda da kabul edilmesi ve uygulanmasına engel teşkil eden bir neden bulunmamaktadır. Nitekim TTK Tasarısı'nda da yönetim kurulu üyeleriyle sınırlı olmak üzere

⁷⁶² Schmitt, s. 103

⁷⁶³ Schmitt, s. 104

⁷⁶⁴ Schmitt, s. 106: Türk hukukunda mesleki sorumluluk sigortası hakkında kapsamlı inceleme için Bkz. Şenocak, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara, 2000, s. 73 vd.

⁷⁶⁵ Schmitt, s. 108

sorumluluk sigortasına izin verilerek, yönetim kurulu üyelerinin verdikleri zararların sigorta himayesine alınabileceğine işaret edilmektedir (TTKT m. 361). Ancak yabancı ülke uygulamalarının gözetilmesi suretiyle oldukça yaygın uygulaması olan *D&O* sorumluluk sigortası için gerekli olan hukuki alt yapının oluşturulması gerektiği kanaatindeyiz. Şirketler hukuku düzenleme ve uygulamalarını uluslararası entegrasyonu bakımından, *D&O* sorumluluk sigortasının Türk hukukunda tatbik esaslarını tanzim eden yasal düzenlemelere yer verilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde hukuki durum, Kıta Avrupası örneğinde olduğu gibi, fiili gelişmelerin hakimiyeti altında yapılandırılmak zorunda kalacaktır. Türk hukuk öğretisindeki eğilim de bu sigorta türünün, kasten verilen zararlar haricinde uygulanmasında fayda olacağı yönündedir⁷⁶⁶.

Bankacılık hukuku bakımından da *D&O* sorumluluk sigortasının uygulanmasında yarar bulunmaktadır. Ancak özellikle fona devir ve faaliyet izninin kaldırılması sonrasında banka yöneticilerinin sorumluluğunun miktar itibarıyla oldukça yüksek meblağlara ulaşması, bu sigorta türü bakımından uygulamada karşılaşılabilecek fiili bir engel olarak değerlendirilebilir. Bu fiili engellerin çeşitli şekillerde aşılması mümkündür⁷⁶⁷. Ancak bankacılık hukukunda bu sigorta türünün gelişmesinde daha büyük bir engel, hukuki nedenlerden kaynaklanmaktadır. Yürürlükteki Bankacılık Kanunu, faaliyet izni kaldırılan ya da fona devredilen banka yöneticilerin hukuki sorumluluğu bakımından, hukukun genel ilkelerini ve anayasal düzenlemeleri ihlal eden hükümleri içermektedir. Bu nitelikte bir hukuki belirsizlik içerisinde sigorta şirketlerinin *D&O* sorumluluk sigortasını banka yöneticileri bakımından uygulamaları, oldukça zayıf bir ihtimaldir. Yasal düzenlemelerde hak ve nesafet anlayışını gözeterek gerekli değişikliklerin yapılarak, sigorta şirketlerine güven telkin eden piyasa şartlarının oluşturulması, bankacılık sahasında bu sigortanın gelişimi bakımından belirleyici etken olacaktır.

⁷⁶⁶ Doğrusöz, s. 292

⁷⁶⁷ Doğrusöz, s. 292

SONUÇ

İflas yoluyla takip, kural olarak tacirler hakkında uygulanan bir tasfiye yöntemidir. Tacirin ticari faaliyetlerindeki olumsuzlukların iktisadi yaşamı daha fazla olumsuz etkilememesi ve alacaklıların nisbeten dengeli bir şekilde tatmin edilmesi amacıyla tacirler hakkında iflas yoluyla tasfiye imkanı Türk hukukunda kabul edilmiştir.

Banka yönetici ve hakim ortakları bakımından iflas yoluyla tasfiyenin böyle bir hedefi bulunmasa da, bunlar bakımından iflas yoluyla tasfiye yöntemine bankacılık mevzuatında yer verilmiştir. Bu durum, banka sorumluluk hukuku bakımından takip edilen hukuk politikasının bir neticesi olup, kanun koyucunun tercihidir. Ancak tacirlere özgü sorumluluk usulünün uygulanmasını gerektiren menfaatler, banka yönetici ve hakim ortakları bakımından mevcut değildir. Kanaatimizce banka yönetici ve hakim ortaklarının hukuki sorumluluğu bakımından iflas yoluyla takip usulüne yer verilmesi, bahsi geçenlerin sorumluluğunun anonim şirketlerde benzer görevleri yürütenlere nazaran daha ağır olduğu şeklinde yorumlanamaz. İflas yoluyla takip, sorumluluğun unsurlarını değiştirmeyip, psişik bir etkiye sahiptir. Bu nedenle sorumluluğun gerçekleşmesinde bir tasfiye yöntemi olan iflastan yararlanılması zaruri değildir ve tacirlere özgü tasfiye yönteminin bütünlüğünü himaye açısından banka yönetici ve hakim ortaklarının hukuki sorumluluğunun genel sorumluluk esasları çerçevesinde gerçekleşmesi, sistem bütünlüğünün korunması bakımından isabetli olacaktır. TTK'nın şirketler hukukuna ilişkin hükümlerine kaynak teşkil eden İsviçre hukuk çevresinde de geçmişte banka yöneticileri bakımından, anonim şirket yöneticilerine kıyasla daha ağır sorumluluk hükümlerine yer verilmesine yönelik girişimler bulunsa da, bu girişimlerden netice alınamamış ve anonim şirket yöneticileri ile banka yöneticileri benzer sorumluluk rejimine tabi kılınmıştır. Bankaların iktisadi önemleri, yöneticilerin göstereceği özen derecesini yükseltmek bakımından hukuki kurumların kullanılmasını gerekli kılmakla birlikte, hukuk sistemi bütünlüğünün korunarak bunun gerçekleşmesi isabetli olacaktır.

Bankacılık Kanunu'nun sorumluluk hükümleri, sorumluluk ilişkisinin tarafları bakımından özellik arzeder. Sorumlular TTK'dan farklı olarak yöneticiler ve hakim ortaklardır.

Hakim ortakların sorumluluğunun kanunda özel olarak düzenlenmesi, olası teorik tartışmaları bertaraf etmesi ve fiili durumun hukukileştirilmesi açısından isabetlidir. Terim olarak Bankacılık Kanunu her ne kadar hakim ortak tabirini kullanmakta ise de, yasada esas itibarıyla hakim kişilerin sorumluluğu düzenlenmiş olup, sorumluluk için ortak olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Hakim ortak sıfatının varlığı, TTK Tasarısı ile benzer şekilde kontrol olgusuna bağlanmış ve kontrol ilişkisinin tesisi bakımından yönetim kurulu karar çoğunluğunu atama ya da görevden alma gücüne doğrudan ya da dolaylı tek başına ya da birlikte sahip olma kriteri kullanılmıştır.

Yönetici kavramının kapsamında olanlar yasada sayım yolu ile belirlenmeye çalışılmıştır. Bu sayede iflas yoluyla sorumluluğa tabi olanların belirli olması sağlanmakta ve hukuk güvenliği ilkesi korunmaktadır. Ancak bu belirlilik sadece görünüştedir. Çünkü Bankacılık Kanunu'nda yönetici olarak sayılan kimseler, bankacılık uygulamasında şekillenen birim yöneticilerini veya yardımcılarını ifade etmekte olup; yasa fonksiyonel açıdan yöneticiyi tanımlamamakta, görev alanları açık biçimde belirlenmemektedir. Ayrıca görev ve yetkiler açık olarak düzenlenmemesine rağmen, fonksiyonel açıdan yasada sayılanların bir kısmı ile benzer görevlerde bulunanlar yönetici olarak nitelendirilmiştir. Görevleri belli olmayan kimselerle benzer görevleri yapan kimselerin nasıl tayin edileceği sorunu, yönetici kavramının kapsamının belirlenmesi bakımından ciddi belirsizlikleri doğuracak ve hukuk güvenliği ilkesini zedeleyecek niteliktedir. Yönetici kavramının kapsamı sayım yoluyla sınırlanmaya çalışılsa ve böylece özellikle organ kavramının kapsamındaki belirsizlikten kaynaklanan sakıncalar önlenmek istenilse de; yönetici kavramı kapsamında belirtilen görevlilerin üst düzey yönetimi kapsamaması, yöneticilerin sınırlı sayıda olmayışı ve fonksiyonel özelliklerle kavramın kapsamında olanların genişletilmesinin mümkün bulunması nedeniyle, yönetici kavramının organ kavramı ile kısmen örtüştüğünü kabul etmek gerekmektedir. Ancak bu

örtüşme kavramının kapsamının belirlenmesindeki belirsizliği bertaraf edebilecek nitelikte değildir. Kavramın tanımında görev esaslı yasal bir kritere yer verilmesi gerekli olup, bu kriterin organla özdeşleşmesi ve bir kimsenin görev esaslı kriter kapsamında yer alıp almadığının belirlenmesinin yargılama makamlarına bırakılması, sorumluluktan beklenen maksadın elde edilmesi bakımından isabetli olacaktır. Çünkü yasal olarak sorumluluğun, bankanın fona devri ya da faaliyet izninin kaldırılmasına sebebiyet verenlere yönelmesi arzu edilmektedir.

Yöneticilerin hukuki sorumluluğunun unsurları bakımından, kanuna aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurlarının varlığı aranmaktadır.

Öğretide özellikle sorumluluğun iflas suretiyle gerçekleşmesi gerekçe gösterilmek suretiyle yöneticilerin ağır kusurlu işlem ve kararlar ile zarara sebebiyet vermesi gerektiği savunulmaktadır. Kanaatimizce sorumluluğun iflas yoluyla gerçekleşmesi, kusurun ağırlığını gerektiren bir neden olarak değerlendirilemez. Sorumluluğun mevzuatta düzenleniş tarzı, kusurun ağırlığına yönelik bir içeriğe sahip olmadığı gibi, mevzuatta iflas yoluyla takibine olanak verilen diğer kimseler hakkında da ağır kusurun bir unsur olarak aranmaması, varılan sonucu doğrulamaktadır. Kanaatimizce yöneticilerin hukuki sorumluluğunda kusurun ağırlığından ziyade, diğer unsurlar bakımından savunma sebeplerinin incelenmesi ve sorumluluğun bu kapsamda sınırlandırılması gerekmektedir.

Sorumluluğun sınırlanmasında işadamı kararı ilkesi dikkate alınmalıdır. İlke yöneticilerin, faaliyetleri gerçekleştirirken ticari nitelikte kararlar alması ve bu kararların kar ya da zarar riskini içermesi gerçeğine dayanmaktadır. Yöneticilerin ticari kararları sonucunda kâr elde edilmesi halinde, bu kârdan kendisi değil, şirket istifade ettiğinden; yaptığı işlem ya da aldığı kararlardan dolayı meydana gelen zararın da doğrudan kendisine yüklenilmemesi, ticari takdirin sonucu olan riskin, işletme tarafından üstlenilmesi gerekmektedir. İşadamı kararı ilkesi, ticari nitelikteki karar ve işlemlerden dolayı riskin yöneticilere değil, işletmeye ait olduğunu vurgulayan, ancak belirli sınırların aşılması halinde yöneticilerin de sorumluluğuna olanak veren bir ilkedir. Kökeni Anglo-Sakson hukukuna

dayalı olan ilke, yöneticilerin işletme menfaatini gözetmek suretiyle, yeterli bilgiye dayalı olarak aldıkları ticari kararın, kararın alındığı tarih itibarıyla makul ve savunulabilir nitelik taşıması ve iyiniyetli olarak alınması kaydıyla, sonradan zarar doğurmuş olsa bile, yöneticilerin bundan sorumlu tutulmasını engellemektedir. Ancak hukuka aykırılık, ilke kapsamında korunmamaktadır. İlke Kıta Avrupası hukuk sisteminde de etki göstermekte olup, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu ilkeyi pozitif hukuk kuralı olarak düzenlemektedir. İsviçre hukukunda hakim öğretisi tarafından ilkenin uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Banka yöneticileri bakımından da ilkenin uygulanma imkanı bulunmakla birlikte, kaynağı olan Anglo-Sakson sistemindekine benzer tarzda iki aşamalı bir değerlendirme sisteminin uygulanması mümkün görülmemektedir.

Kanuna aykırılık unsuru bakımından, kavramın sadece şekli anlamda değil, maddi anlamda kanunları da kapsayacak içerikte anlaşılması gerekir. Ancak kanuna aykırılık kavramının hangi kanunlara aykırılığı ifade ettiğinin, sorumluluk normunun ve Bankacılık Kanunu'nun amacı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bankaların faaliyet konuları mevzuatta oldukça kapsamlı olabilecek şekilde tanzim edilmekle birlikte, banka işletmesini karakterize eden, başka deyişle bir işletmeye banka niteliği kazandıran faaliyetler mevduat toplama ve kredi verme ile sınırlıdır. Bu faaliyetler dışındaki faaliyetler, işletmenin banka niteliğini kazanması ya da kaybetmesi bakımından önem taşımadığından, banka yöneticilerinin kanuna aykırı işlemlerine Bankacılık Kanunu'nun müdahalesi, ancak bu faaliyetler bakımından kabul edilebilir. Diğer faaliyetler bakımından kanuna aykırı işlemlerde bulunmak, Bankacılık Kanunu aracılığıyla yöneticilerin hukuki sorumluluğuna müdahalede bulunmayı gerekli kılmamalıdır. Bu nedenle kanuna aykırılık kavramının, bankayı karakterize eden bankacılık faaliyetleri olan mevduat toplama ve kredi işlemleri bakımından kanuna aykırılık olarak değerlendirilmesi gerekir. Bankacılık Kanunu, kanunun uygulanması bakımından hangi işlemlerin kredi olarak nitelendirilebileceğini tanımlamasına rağmen, bu tanımın sorumluluk hukuku bakımından kredi işlemi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü tanımda sayılan işlemlerin bir kısmı, kredi

faaliyeti dışında kalan işlemleri de kapsamaktadır. Alman Kredi İşleri Kanunu, yöneticilerin hukuki sorumluluğu bakımından kredi işlemleri kapsamına hangi işlemlerin girdiğini özel olarak tanımlamaktadır. Hukukumuzda da kavramın kapsamının özel olarak belirlenmesi suretiyle yöneticilerin özel hukuki sorumluluğunu gerektiren işlemlerin sınırının benzer şekilde çizilmesi gerekmektedir.

Sorumluluğun illiyet bağı unsuru bakımından, uygun illiyet bağı teorisi uyarınca işlem ya da karar zararlı sonucu doğurmaya elverişli nitelik taşıyorsa, unsurun mevcudiyeti kabul edilecektir. Bu açıdan illiyet bağı unsuru özellik göstermemektedir.

Yöneticilerin doğan zararlarla sınırlı sorumluluğu yasada öngörüldüğünden, birlikte zarara sebebiyet verilmesi halinde Borçlar Kanunu'nun müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümleri uygulama olanağı bulamayacaktır. Bu tür durumlarda her bir yöneticinin sebebiyet verdiği münferit zararın tesbiti ve ancak bu miktar bakımından sorumluluğu sözkonusu olabilecektir. Bankacılık Kanunu'nun bu özel düzenlemesi nedeniyle tam, eksik ve -yasalaşması halinde tasarıda düzenlenen-farklılaştırılmış teselsül hükümlerinin yöneticilerin sorumluluğu bakımından uygulanma imkanı bulunmamaktadır.

Hakim ortakların sorumluluğu bakımından verdikleri zararlar değil, temin ettikleri menfaatle sınırlı sorumluluk sözkonusudur. Hakim ortağın menfaat temin ettiği hallerde ise yönetici ya da yöneticiler ile işbirliği içerisinde hareket ettiği faraziyesi sözkonusudur. Yönetici ile hakim ortağın birlikte sebebiyet verdikleri zararlar bakımından, müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanması mümkün olmakla birlikte, sorumlu olunan miktarların farklı olması mümkündür. Özellikle birden fazla yöneticinin zarara sebebiyet vermesi sözkonusu olan hallerde, yöneticiler ile hakim ortaklar arasında İsviçre Şirketler Hukuku'nda yer alan farklılaştırılmış teselsüle benzer bir müteselsil sorumluluk hali sözkonusu olabilecektir.

Faaliyetlerin yürütülmesi bakımından banka organizasyon yapısının şekillendirilmesi ve alt derecede bulunan görevliler vasıtasıyla işlerin yürütülmesi halinde, yetki devreden seçme, talimat verme ve nezaret

yükümlülüğünün devam ettiğini kabul etmek gerekir. Başka bir deyişle böyle hallerde özen yükümü zikredilen bu üç hale inhisar eder. TTK Tasarısı'nda, uygulamanın etkisiyle yetki devreden sorumluluğu özel olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, tasarı düzenlemesinin, özene ilişkin bu yükümlülükleri sınırlamaması isabetli olacaktır.

Bankacılık Kanunu fon alacakları bakımından yirmi yıllık özel bir zamanaşımı süresine yer vermiş ve öngörülen zamanaşımı süresinin geçmişe yürürlü olduğunu hükme bağlamış olmakla birlikte, yasada öngörülen bu sürenin iflas davasına konu alacaklara uygulanma kabiliyeti sınırlıdır. Çünkü anılan süre fon alacakları bakımından öngörülmüştür. Fon alacağı kavramı, alacak bakımından özel bir hukuki statüyü ifade eder. Hangi alacakların fon alacağı niteliği taşıdığı, Bankacılık Kanununda yer yer açıkça ifade edilmiştir. Bankacılık Kanunu sistemi incelendiğinde, bir alacağın fon alacağı olarak nitelendirilmesi için iki kriter başvurulduğu tesbit olunmaktadır. Bunlardan ilki şekli nitelik arzeder ve kanunun bir alacağın, fon alacağı niteliğini taşıdığını açıkça kabul etmesi halinde ortaya çıkar. Bundan başka maddi kriter uyarınca eğer bir alacak doğrudan doğruya fonun yaptığı ödemelerden, fona verilen zararlardan ya da dolaylı bir ilişki sözkonusu olmaksızın doğrudan fona tahsis edilen yasal haklardan kaynaklanıyorsa, bu alacağın da fon alacağı olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Yöneticilerin iflas yoluyla sorumluluğunun sözkonusu olduğu hallerde talep edilen alacağın tamamı değil, sadece fon tarafından yapılan ödemelerin karşılığı olan alacak miktarı maddi kriter uyarınca fon alacağıdır. Bakiye miktar ise fon alacağı niteliği taşımamaktadır. Tahsil edilen miktarın bankaya iade edilmesi de alacağın fon alacağı değil, banka alacağı olduğunun göstergesidir. Tek başına tahsil yetkisinin fona ait olması, banka alacağına fon alacağı niteliği kazandıran bir kriter değildir. Dolayısıyla fon tarafından yapılan ödemeler karşılığı olan alacak, fon alacaklarının tabi olduğu zamanaşımı süresine tabi iken, bakiye miktar fon alacağı niteliği taşımadığı için genel hükümlerde öngörülen zamanaşımı süresine tabidir.

Bankacılık Kanunu, yönetici ve hakim ortakların hukuki sorumluluğu bakımından temel nitelik taşıyabilecek iflas yoluyla sorumluluk yanında,

banka kaynaklarının istismarından kaynaklanan sorumluluk, sigortaya tabi mevduatın yanlış bildirilmesinden kaynaklanan sorumluluk ve sisteme giriş payının ödenmemesinden kaynaklanan sorumluluk halleri yanında, hakkında daha önceden ibra kararı verilen yönetim kurulu üyeleri bakımından da özel sorumluluk hükümleri içermektedir. Fona ibra kararının iptaline dayalı olarak sorumluluk davası açma imkanı veren düzenlemeler, fona banka alacağını tahsil imkanı vermesine rağmen, tahsil edilen miktarın fon varlığına dahil edilmesi bakımından özellik arz etmektedir. Diğer alacaklıların bu miktarlardan niçin yararlandırılmadığı belli olmadığı gibi, ucu açık bir zamanaşımı süresine yer verilmek suretiyle yirmi yıllık zamanaşımı süresini de aşan yeni bir zamanaşımı düzenlemesi bu alacaklar için kabul edilmiştir. Düzenlemelerin anayasal geçerliliği tartışmaya açıktır.

Amerikan ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde uygulama kabiliyeti bulan D&O sigortası sisteminin banka yöneticilerinin sorumluluğu bakımından yararlanılması mümkündür. Ancak sigorta himayesine konu miktarın oldukça yüksek seviyede olması ve ahlaki risk, bu sigorta türünün bankacılık sahasında uygulanmasına yönelik tereddütleri beraberinde getirmektedir. Kanaatimizce sorumluluk doğduktan sonra bunun himayesine yönelik imkanlar yerine, sorumluluk doğmadan önce bunu engellemeye yönelik tedbirlere yer verilmesi ve bunların etkin şekilde kullanılması bankacılık sisteminin güvence altına alınması bakımından daha isabetli olacaktır.

Bankacılık Kanunu'nda tanzim edilen sorumluluk sistemi, zarar doğduktan sonra bir kamu tüzel kişisine hukukun genel ilkelerini ve anayasal hak ve özgürlükleri ihlal edecek yetkiler vermek suretiyle zararın giderilmesi esası üzerine inşa edilmiştir. Bu kapsamda alacaklı olan fon, iflası talep etme, iflas dairesi, alacaklılar toplantısı ve iflas idaresi görev ve yetkilerine sahip kılınmış, tarafı olduğu alacakların tahsili hakkında genel düzenleyici işlem yapma yetkisi ile donatılmıştır. Fon, bu son yetkisini kullanırken karşılaştığı somut ihtilafları kendi lehine çözümlenecek hukuk kuralları oluşturmuştur. Yasada ayrıca fonun beyanları delil gerektirmeksizin sabit kabul edilmiş, makul sınırları aşan zamanaşımı sürelerine yer verilmiş ve zamanaşımı süresinin geçmişe yürürlü olduğu kabul edilmiştir. Banka

hakkında fona devir ya da faaliyet izninin kaldırılması tedbirlerinin uygulanmasına yol açan yönetici ve hakim ortakların, sebebiyet verdikleri bu önemli sonuç ve zararlar bakımından hukuken sorumlu tutulmaları gerekli olmakla birlikte, zararın temel hak ve özgürlükleri ihlal edecek tarzda düzenlenmeye çalışılması, hukuki açıdan himaye edilemez. Fona özellikle zamanaşımı bakımından sağlanan avantaj, devletin bankalara yönelik gözetim görevini gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklanan sorumluluğu, özellikle banka yöneticilerine aktarması amacı ile açıklanabilir. Kanaatimizce sorumluluk hükümleri vasıtasıyla anayasal hakları ihlal eden telafi edici düzenlemeler yerine, yukarıda belirtildiği gibi zarar doğmadan önce bunu engellemeye yönelik düzenlemeler oluşturulması, sistemden beklenen fayda bakımından daha isabetli olacaktır. Bu bakımdan banka iç sistemleri engelleyici fonksiyon bakımından yararlı olmakla birlikte, sistemlerin işlerliğine yönelik düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Özellikle kurumsal yönetim ilkeleri vasıtasıyla bağımsız yönetim kurulu üyelerine yer verilmesi ve bunların iç sistemler bakımından etkin şekilde kullanılması, olası zararların engellenmesi bakımından tek başına yeterli değildir. Sistemin azlık haklarına yer vermek suretiyle desteklenmesi, etkin bir denetimin yürütülmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu kapsamda iç sistemler bakımından bağımsız yönetim kurulu üyeleri yerine veya onlarla birlikte sermayenin belirli bir oranına sahip olan azınlık pay sahipleri tarafından atanan yönetim kurulu üyelerine sistem içerisinde yer verilmesi, denetçilerin yönetim kurulu üye çoğunluğunu tayin edenler dışında kalan pay sahipleri tarafından atanması, yönetim kurulunda içerisinde etkin bilgi alma hakkına sahip azlık tarafından atanan yönetim kurulu üyelerine yer verilmesi gibi banka içerisindeki menfaatleri dengeleyecek araçlara yer verilmesi gereklidir. Ayrıca gözetici otorite çalışanlarının banka yönetimi içerisine entegre edilerek denetim faaliyetlerini sürekli biçimde yürütmesi, engelleyici tedbirler kapsamında uygulanabilecek araçlardandır.

Netice itibarıyla bankaların çok yüksek meblağlara ulaşan zararlarının tazmini bakımından, bu miktarları karşılayabilecek mali güce sahip olmayan yönetici ya da hakim ortaklara yönelinmesi ve tazminat taleplerinin anayasal

hakları ihlal eden düzenlemeler vasıtasıyla himayeye çalışılması, sorumluluk sisteminden beklenen faydaları sağlamaktan uzaktır. Sistemin zararın doğmasını engelleyici araçlarla donatılması ve sorumluluk düzenlemelerinde anayasal hakların gözetilmesi banka içi menfaatler dengesi ve kamu yararı açısından daha isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

Akdağ-Güney, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2010

Alıcı, Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul, 2007

Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2001

Arslan, İbrahim, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya, 1994

Assmann, Heinz-Dieter, Corporate Governance, in Die Aktiengesellschaft, 1995, H. 7, (s. 289-290)

Atamer, M. Yeşim, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul, 1996

Atan, Turhan, TTK'ya Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967

Ayhan, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2010

Aytaç, Zühtü, Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara, 1982

Bahar, Rashid/**Stupp**, Eric, in Basler Kommentar Bankengesetz, Hrsg. von Watter, Rolf/Vogt, Nedim Peter/Bauer, Thomas/Winzeler, Christoph, Basel, 2005

Bänziger, Hugo, Vom Sparschutz zum Gläubigerschutz - die Entstehung des Bankengesetzes im Jahre 1934, (s. 3-81), in 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Hrsg. von Eidgenössischen Bankenkommision, Zürich, 1985

- Bärtschi**, Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich, 2001
- Barzen**, Carola/**Brachman**, Harald/**Braun**, Marcel-Patric, D&O-Versicherung für Kapitalgesellschaften, Karlsruhe, 2003
- Bateman**, Thomas S./**Snell**, Scott A., Management, Boston, 2002
- Battal**, Ahmet, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara, 2006
- Bauen**, Marc/**Bernet**, Robert, Schweizer Aktiengesellschaft, Zürich, 2007
- Beck**, Heinz/**Samm**, Carl-Theodor/ **Kokemoor**, Axel, u.a., Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar nebst Materialien und ergänzenden Vorschriften, Band I-II, Heidelberg, 2008 (Beck u.a.Band I-II)
- Bertschinger**, Urs, Arbeitsteilung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1999
- Bilgili**, Fatih, İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısında Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004
- Birsel**, Mahmut T., Banka Kavramı ve Bankaların Sınıflandırılması, Batider., 1964, C.II-4
- Blau**, Peter M./**Scott**, Richard W., Formal Organizations, San Francisco, 1962
- Block**, Dennis J./**Barton**, Nancy E./**Radin**, Stephen A., The Business Judgment Rule, Connecticut, 1993
- Bock**, Hellmuth, in Kreditwesengesetz, Kommentar, Hrsg. von Boos, Karl-Heinz/Fischer, Reinfrid/Schulte-Mattler, Hermann, München, 2008

Böckli, Peter, Audit Committee, Der Prüfungsausschuss des Verwaltungsrates auf Gratwanderung zwischen Übereifer und Unsorgfalt, Zürich, Basel, Genf, 2005, (Audit Committee, 2005)

Böckli, Peter, Corporate Governance auf Schnellstrassen und Holzwegen, in ST, H. 3, J. 2000, (s. 133-152), (ST. 2000)

Böckli, Peter, Corporate Governance: Der Stand der Dinge nach den Berichten "Hampel", "Viénot" und "OECD" sowie dem deutschen "KonTraG", in SZW 1/1999, (s. 1-16), (Corporate Governance, 1999)

Böckli, Peter, Corporate Governance: The "Cadbury Report" and the Swiss Board Concept of 1991, in SZW, 4/1996, (s. 149-163) (Cadbury Report, 1996)

Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, Zürich-Basel-Genf, 2004 (2004)

Bumin, Birol, İşletme Örgütlerinin Yönetimi, Ankara

Bürgi, F. Wollfhart/Nordmann-Zimmermann, U., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/2, Art.: 698-738, Zürich, 1979

Corhay, Albert/Dighaye, Albert/Michel, Pierre-Armand, The impact of the new Corporate Governance code on the Belgian stock market, in International Corporate Governance after Sarbanes-Oxley, Ed. by Ali, Paul U./Gregoriou, Greg N., New Jersey, 2006

Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2007, (Sorumluluk 2007)

Doğrusöz, Hanife, Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2010

Druey, Jean Nicolas, Organ und Organisation, Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, SAG. 53 1981, (s. 77-87)

Efil, İsmail, İşletmelerde Yönetim ve Organizasyon, Bursa, 1994

Emmenegger, Susan/**Geiger**, Hansueli, Bank-Aktiengesellschaften, Zürich, Basel, Genf, 2004

Emmenegger, Susan, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Bern, 2004

Erem, Faruk/**Altıok**, Akın/**Tandoğan**, Halûk, Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara, 1968

Eren, Fikret, Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara, 1975, (Normun Koruma Amacı, 1975)

Eren, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975, (Uygun İlliyet, 1975)

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006, (2006)

Erny, Dominik, Oberleitung und Oberaufsicht, Zürich, 2000

Ertürk, Mümin, İşletmelerde Yönetim ve Organizasyon, İstanbul, 2000

Eyüpgiller, Servet, Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara, 1981

Fehr, Josef, Führung und Leitung einer Bankaktiengesellschaft, Bern, Stuttgart, Wien, 1995

Fischel, Daniel R./**Rosenfield**, Andrew M./**Stillman**, Robert S., The Regulation of Banks and Bank Holding Companies, Va. L. Rev. Vol. 73, N. 2, March 1987, (301-338)

Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996

Forstmoser, Peter/Sprecher, Thomas/Töndury, Gian Andri, Persönliche Haftung nach schweizer Aktienrecht, Personal Liability under Swiss Corporate Law, Zürich, Basel, Genf, 2005

Forstmoser, Peter, Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates Teils bewährte, teils reformbedürftige Schweizer Lösung, ST. 2002, (s. 485-491), (Verwaltungsrat 2002)

Forstmoser, Peter, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern, 1982, (s. 125-150), (Organbegriff, 1982)

Forstmoser, Peter, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, Zürich, 1987, (Verantwortlichkeit, 1987)

Forstmoser, Peter, Solidarität, Kausalzusammenhang und Verschulden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, SJZ, 1982, Heft 23, (s. 369-373), (Solidarität, 1982)

Frick, Joachim, Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, in Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, s. 509-521

Grass, Andrea, Business Judgment Rule, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Zürich, 1998, (BJR, 1998)

Grass, Andrea, Management-Entscheidungen vor dem Richter Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Geschäftsentscheidungen in

aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, SZW. 2000, (s. 1-10), (Management-Entscheidungen, 2000)

Gregoriou, Greg N./Kelting, William R./Christopherson, Robert, Improving the Corporate Governance of Hedge Funds, in International Corporate Governance after Sarbanes-Oxley, Ed. by Ali, Paul U./Gregoriou, Greg: New Jersey, 2006

Gürsoy, Kemal Tahir, Birden Fazla Kimsenin Aynı Zarardan Sorumluluğu, Mahmut Koloğlu'ya 70 inci Yaş Armağanı, (s. 57-83), Ankara, 1975

Hasenböhler, Stefan, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR, im Vergleich zum US-amerikanischen Recht, Zürich-Basel-Genf, 2003

Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2001

Homburger, Eric, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Art. 707-726, Zürich, 1997

Hopt, Klaus J., Aktienrecht unter amerikanischem Einfluss, in Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. II, München, 2007, (s. 105-128), (amerikanischer Einfluss, 2007)

Hopt, Klaus J., Gemeinsame Grundsätze der Corporate Governance in Europa, ZGR, 2000, (s. 779-818), (Corporate Governance, 2000)

Horber, Felix, Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1986

Horst, Ihlas, Organhaftung und Haftpflichtversicherung, Berlin, 1997

Iseli, Thomas, Führungsorganisation im Aktien-, Banken-, und Versicherungsrecht, Ausgestaltung, Aufgaben und Abgrenzungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Zürich-Basel-Genf, 2008

Isler, Peter, Sorgfalt und haftung des Verwaltungsrates, in Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Hrsg. von Rolf H. Weber, Zürich-Basel-Genf, 2003

İmregün, Oğuz, *Bankalarda Özvarlık Kavramı*, Avrupa Topluluğunda Banka Hukuku, (199-205), Ankara, 1991, (Özvarlık, 1991)

İmregün, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1993, (Ticaret Hukuku, 1993)

İzmirli, Yadigar, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2001, (Organ Niteliği, 2001)

İzmirli, Yadigar, TTK'ya Göre Tasfiye Memurlarının Görev Yetki ve Sorumlulukları, Ankara, 2001 (Tasfiye,2001)

Kaplan, İbrahim, Bankaların Gözetimi, Denetimi ve Hukuki Sorumluluk, BATİDER. C. XXIII, Sa. 3, (s. 5-29), (Gözetim, 2006)

Kaplan, İbrahim, Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları, BATİDER. C. XXV, Sa. 4, (s. 37-46), (Perdenin Kaldırılması, 2009)

Karaca, Bedir, Anonim Ortaklıkta Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları, İstanbul, 2010

Karayalçın, Yaşar, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme, Ankara, 1994, (Metod, 1994)

Karayağçın, Yaşar, İsviçre Hukukunda Mütessesil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, (Sorumluluk, 2003)

Kästner, Karin, Aktienrechtliche Probleme der D&O-Versicherung, AG. 2000, (s. 113-122)

Kervankıran, Emrullah, Sermaye Şirketlerinde Yöneticilerin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası (D&O-Insurance), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (10. Kuruluş Armağanı), 2008/1, (s. 237-274)

Kırca, İsmail, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu, BATİDER., C. XXII, Sa. 3, (s. 85-96), (Özen Borcu, 2004)

Kırca, İsmail, İbra Kararının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu'nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı, BATİDER., C. XXIII, Sa. 3, (s. 33-51), (İbra, 2006)

Kiethe, Kurt, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR, 2005, H. 5, (s. 177-186)

Kleiner, Beat/**Schwob**, Renate/**Winzeler**, Christoph, in Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Hrsg. von Bodmer, Daniel/Kleiner, Beat/Lutz, Benno, Zürich, 2006

Kleiner, Beat, Bankengesetz und Neues Aktienrecht, in SZW 6/1992, (s. 256-258)

Kleiner, Beat, in Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Hrsg. von Bodmer, Daniel/Kleiner, Beat/Lutz, Benno, Zürich, 1976 (Kleiner, 1976)

Krieger, Gerd/**Sailer**, Viola, in: Aktiengesetz, Kommentar, Hrsg. von Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus, Köln, 2008

Kunz, Peter V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern, 2001, (Minderheitenschutz, 2001)

Kunz, Peter V., Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten-zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie zur "Business Judgment Rule", in Festschrift für Jean Nicholas Druey, Zürich, 2002, (s. 445-462), (Aktionärsstreitigkeiten, 2002)

Kunz, Peter V., Zwischenhalt beim Schutz der Aktionäre Oder: Wohin soll die Reise gehen?, ST., 2002, (s. 402-406), (Zwischenhalt, 2002)

Kunz, Peter, Zu den Haftungsvoraussetzungen und zu einigen weiteren Themen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit - Rückblick, Status quo und Perspektiven, AJP/PJA 1998, (s. 1267-1285), (Haftungsvoraussetzungen, 1998)

Kuru, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yilmaz**, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2009

Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku, C. II, İflas ve Konkordato Hukuku, Ankara, 1971

Küpper-Dirks, Monika, Managerhaftung und D&O-Versicherung, Karlsruhe, 2002

Langenbacher, Günter/**Blaum**, Ulf, Audit Committee – Ein Weg zur Überwindung der Überwachungskrise? in Der Betrieb, 1994, (s. 2197-2206)

Lanz, Paul Ulrich, Die Delegation der Befugnisse des Verwaltungsrats, Bern, 1969

Lauri, Hans, Kausalzusammenhang und Adäquanz im schweizerischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Bern, 1976

Lehleiter, Gunther/**Hoppe**, Christian, Die Haftung des Bankverantwortlichen bei der Kreditvergabe, BKR., 2007, H. 5, (s. 178-185)

Luterbacher, Thierry, Verantwortlichkeit und Versicherung, in: Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Hrsg. von Charlotte M. Baer, (s. 129-165), Bern, Stuttgart, Wien, 2003

Lutter, Marcus, Die Pflichten und Haftungen von Sparkassenorganen, Berlin, 1991, (1991)

Lutz, Benno, in Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Hrsg. von Bodmer, Daniel/Kleiner, Beat/Lutz, Benno, Zürich, 2006, Art. 4bis, 2006, Rn.: 2

Meier-Wehrli, Jörg, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR / 41 ff. BankG., Zürich, 1968

Merkt, Hanno/**Göthel**, Stephan R., US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Frankfurt, 2006

Mimaroğlu, Sait K., Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967

Müller, Roland/**Lipp**, Lorenz, Der Verwaltungsrat, Zürich, 1994

Nikitine, Alexander, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Konzeption und Ausgestaltung der "Business Judgment Rule" im Gefüge der Corporate Governance, Zürich/St. Gallen, 2007

Nobel, Peter, Aktienreform und Banken, in Festschrift für Beat Kleiner, (s. 169-181), Zürich, 1993

Oğuzman, Kemal M., /**Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2009

Okutan-Nilsson, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009

Önen, Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara, 1995

Özdamar, Mehmet, Yargıtay Kararları Işığında Ticari İşletmede Şube Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sa. 1, Kış 2007, (48-61)

Özkorkut, Korkut, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara, ISBN: 978-975-537-178-8

Öztan, Bilge, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 1970

Panowitz, Rudolf/**Jung**, Harald, Kreditwesengesetz, Deutsch-englischer Kommentar, Frankfurt am Main, 1988

Paslı, Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, 2. Bası, ISBN: 975-98876-1-4

Pınar, Hamdi, Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Doğan Hukuki Sorumluluğu, BATİDER., C. XXV, Sa. 4, (s. 369-405)

Poroy, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2009

Pöschel, Ines/**Watter**, Rolf, Rechtliche Pflichten und Verantwortung der Führungsorgane, ST 2006, (s. 816-820)

Pulaşlı, Hasan, Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Yönetim Kurulu Üyeliğinin Temsili, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul, 2003, (s. 165-177), (Temsil, 2003)

Pulaşlı, Hasan, Anonim Şirketler Hukukunda CEO'nun Hukuki Durumu, BATİDER, C. XXIV, Y. 2007, Sa. 1, (s. 17-62), (CEO, 2007)

Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku, Adana, 2003, (Şirketler Hukuku, 2003)

Pulaşlı, Hasan, Corporate Governance, Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara, 2003, (Corporate Governance, 2003)

Pulaşlı, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, BATİDER, Mart 2009, C. XXV, Sa. 1, (s. 27-63), (Özen Yükümü, 2009)

Reisoğlu, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I-II, Ankara, 2007

Reisoğlu, Seza, Bankalar Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Kavramlar, Ankara, 2002 (2002)

Roberto, Vito, Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR, 2006/1, (s. 29-41)

Rose, Peter, Commercial Bank Management, Producing and Selling Financial Services, Boston, 1991

Roussakiss, Emmanuel N., Commercial Banking in an Era of Deregulation, Westport, 1997

Sarıkamış, Cevat, Sermaye Pazarları, İstanbul, 1980

Schäfer, Frank A., in Kreditwesengesetz, Kommentar, Hrsg. von Boos, Karl-Heinz/Fischer, Reinfrid/Schulte-Mattler, Hermann, München, 2008

Schmid, Christoph, Haftungsbeschränkungen für Revisoren und Verwaltungsräte? Nicht nur Revisoren, auch Verwaltungsräte sind gefährdet, NZZ. n. 101-29

Schmidt, Stefan Marcus, Corporate Governance in deutschen und amerikanischen Aktiengesellschaften, Frankfurt am Main, 2001

Schmitt, Stefan Martin, Organhaftung und D&O-Versicherung, München, 2007

Schneider, Uwe H., in: Scholz GmbHG, Kommentar, Köln, 2007

Schnyder, Anton K., Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Hrsg. von, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang, Basel, 2007

Semler, Johannes, Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht, in Festschrift für Peter Ulmer, Berlin, 2003, (s. 627-642)

Sieg, Oliver/**Zeidler**, Simon-Alexander, Business Judgment Rule, Corporate Compliance Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, (s. 43-68), Hrsg. von Christoph E. Hauschka, München, 2007

Stöckli, Beat, Die Organisation von Banken, Zürich - Basel – Genf, 2008

Şenocak, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara, 2000

Tanner, Brigitte, Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Bankaktiengesellschaften, in Festschrift zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, (s. 31-52), Zürich, 1993

Taşcıoğlu, Abdullah, Cumhuriyet Dönemi Banka Kanunları ve İlgili Yasal Düzenlemeler, Ankara, 1998

Taşdelen, Servet, Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara, 2002

Tekil, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1998

Tekil, Müge, Anonim Ortaklık Yöneticileri ile Denetçileri İçin Sorumluluk Sigortası, Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul, 2003

Tekinalp, Ünal, Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarını Dinamikleri Ve Bunlar Arasındaki İlişki, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2003, (s. 227-252), (Dinamikler, 2003)

Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 1988, (Banka, 1988)

Tekinalp, Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003, (Fondaki Banka, 2003)

Tekinalp, Ünal, Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 2009, (Banka Hukuku, 2009)

Tekinay, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Alttop**, Atillâ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993

Tuncer, Doğan/**Ayhan**, Doğan Yaşar/**Varoğlu**, Demet, Genel İşletmecilik Bilgileri, Ankara, 2008

Turanboy, Asuman, Halka Açık Banka ve Hissedarının Korunması, Ankara, 2002 (Halka Açık Banka, 2002)

Turanboy, Asuman, Bankacılık Kanunu'nda Düzenlenen Hakim Ortak Kavramı, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara, 2010, (s. 2115-2122), (Hakim Ortak, 2010)

Ulutan, Burhan, Bankalar Kanunu Şerh ve İzahı, Ankara, 1958

Ünal, Oğuz Kürşat, Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara, 2005

Vogt, Hans-Ueli, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Hrsg. von Weber, Rolf H./Isler, Peter R., (s. 21-59), Zürich, 2008

von Büren, Roland/**Stoffel**, Walter A./**Schnyder**, Anton K./**Christen-Westenberg**, Catherine, Aktienrecht, Zürich, 2000

von der Crone, Hans Caspar/**Carbonara**, Antonio/**Hunziker**, Silvia, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Ein funktionaler und systematischer Überblick, Basel, 2006, (2006)

von der Crone, Hans Caspar, Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert, SZW. 1998, (Aktienrecht, 1998)

von der Crone, Hans Caspar, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW., 2006, (s. 2-19), (Haftungsbeschränkung, 2006)

von Werder, Axel, in Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, Hrsg. von Ringleb, Henrik-Michael/Krener, Thomas/Lutter, Marcus/v. Werder, Axel, München, 2008

Vural, Güven, Türk Banka Hukuku, Ankara, 1991

Wegmüller, Michael, Die Ausgestaltung der Führungs- und Aufsichtsaufgaben des schweizerischen Verwaltungsrates; unter Berücksichtigung der Verhältnisse in Deutschland und England, Bern, 2008

Wendler, Jan-Sebastian, die Justibilität ökonomischer Unternehmenentscheidungen im US-amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt am Main, 2007

Widmer, Peter, in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186, Hrsg. von Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf, Basel, 1994

Wiegand, Wolfgang, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Hrsg. von, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang, Basel, 2007

Winzeler, Christoph, in Basler Kommentar Bankengesetz, Hrsg. von Watter, Rolf/Vogt, Nedim Peter/Bauer, Thomas/Winzeler, Christoph, Basel, 2005

Zahn, Johannes C.D., Die Bankaufsichtsgesetze der Welt, Berlin und Leipzig, 1937

Ziemons, Hildegard, in Handbuch der Aktiengesellschaft, Hrsg. von Nirk, Rudolf/Ziemons, Hildegard/Binnewies, Burkhard; Köln, 2009

ÖZET

Göktürk, Kürşat, Bankalarda Yönetici ve Ortakların Hukuki Sorumluluğu, Doktora Tezi, Ankara, 2010

Türk hukukunda bankalar kural olarak anonim şirket şeklinde kurulmak zorundadır. Anonim şirketler hukukunun sorumluluk esasları, bu zorunluluğun bir gereği olarak banka yönetiminde görev alanlar bakımından uygulama kabiliyeti bulur. Ancak bankaların faaliyet izninin kaldırılması ve fona devri sonrasında, sorumluluk hukuku bakımından özel ve istisnai düzenlemelere Bankacılık Kanunu'nda yer verilmiştir.

Bankacılık Kanunu'nda öngörülen sorumluluk hallerinin en önemlisi yönetici ve hakim ortakların iflas yoluyla hukuki sorumluluğunu düzenleyen Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesinde yer alan sorumluluk halidir. Mezkur norm, sorumluluk ilişkisinin tarafları bakımından hususiyet arzetmekte ve yönetici ve hakim ortak olarak nitelendirilen kimselerin hukuki sorumluluğunu tanzim etmektedir. Bu kimseler bakımından sorumluluk, iflas yoluyla gerçekleşmektedir. İflas yoluyla gerçekleşen sorumluluk hali dışında da banka yönetici ve ortaklarının hukuki sorumluluğuna ilişkin bazı özel düzenlemelere de Bankacılık Kanunu'nda yer verilmiştir.

Bu çalışmada Bankacılık Kanunu'un banka yönetici ve ortaklarının hukuki sorumluluğuna ilişkin yukarıda bahsedilen özel düzenlemeleri incelenmiş olup, öğretilerdeki görüşlerle mukayeseli olarak hukuki tesbitler ve önerilere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Banka Yöneticileri, Hakim Ortak, Hukuki Sorumluluk, Şahsi İflas, İşadamı Kararı İlkesi

ABSTRACT

Gokturk, Kursat, Liability of Bank Directors and Shareholders, PhD. Thesis, Ankara, 2010

Banks have to be organized in the form of joint stock companies under Turkish Banking Law. Because of this organizational requirement, the liability provisions of joint stock companies law find application for the persons, which involved in the management of banks. However, there is special liability provisions in Banking Act, after revoking the operating permissions of banks or transferring the shareholders rights except dividends and the management and supervision of the banks to the Fund.

The most important liability which envisaged in Banking Act is stated in article 110. The article regulate the legal liability of directors, officers and dominant partners. Thanks to this article, directors and dominant partners of banks could be gone bankrupt. Except bankruptcy, there is other spesific liability articles in Banking Act.

This dissertation subjected the liability of bank directors, officers and dominant partners which stated in Banking Act with the view of literature.

Keywords

Bank Directors and Officers, Dominant Partner, Legal Responsibility, Personal Bankruptcy, Business Judgment Rule